

TE Bvwg Erkenntnis 2014/2/20 W138 2000166-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.02.2014

Entscheidungsdatum

20.02.2014

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §129 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §257 Abs1 Z3

BVergG 2006 §257 Abs1 Z5

BVergG 2006 §269 Abs1 Z3

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 257 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 257 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus Hochsteiner als Vorsitzender, sowie Mag. Tanja Neubauer als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Duale Zustellung" nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

Spruch

A)

I. Der Antrag vom 30. Dezember 2013 der XXXX, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der vergebenden Stelle XXXX, eine Rahmenvereinbarung mit der XXXX abzuschließen, für nichtig erklären" römisch eins. Der Antrag vom 30. Dezember 2013 der römisch 40, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der vergebenden Stelle römisch 40, eine Rahmenvereinbarung mit der römisch 40 abzuschließen, für nichtig erklären"

wird

abgewiesen.

II. Der Antrag der XXXX, "das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber auftragen, der XXXX die Pauschalgebühren (Nachprüfungsantrag und einstweilige Verfügung von EUR 18.000 zu ersetzen" römisch zwei. Der Antrag der römisch 40, "das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber auftragen, der römisch 40 die Pauschalgebühren (Nachprüfungsantrag und einstweilige Verfügung von EUR 18.000 zu ersetzen"

wird

abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2013 stellte die XXXX (im Weiteren: Antragstellerin) bezogen auf das Vergabeverfahren "Duale Zustellung" das in den Spruchpunkten I. und II. dieses Erkenntnisses wörtlich wiedergegebene Antragsbegehren und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin führte dazu im einleitenden Schriftsatz vom 30. Dezember 2013 im Wesentlichen zusammengefasst aus, am 19.12.2013 habe die XXXX (im Weiteren: Auftraggeberin) über auftrag.at der Antragstellerin die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung übermittelt, in welcher mitgeteilt worden sei, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit der XXXX, (in weiterer Folge: Präsumtive Bestbieterin) abzuschließen. Diese Auswahlentscheidung werde angefochten. Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2013 stellte die römisch 40 (im Weiteren: Antragstellerin) bezogen auf das Vergabeverfahren "Duale Zustellung" das in den Spruchpunkten römisch eins. und römisch zwei. dieses Erkenntnisses wörtlich wiedergegebene Antragsbegehren und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin führte dazu im einleitenden Schriftsatz vom 30. Dezember 2013 im Wesentlichen zusammengefasst aus, am 19.12.2013 habe die römisch 40 (im Weiteren: Auftraggeberin) über auftrag.at der Antragstellerin die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung übermittelt, in welcher mitgeteilt worden sei, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit der römisch 40, (in weiterer Folge: Präsumtive Bestbieterin) abzuschließen. Diese Auswahlentscheidung werde angefochten.

Dieser Auswahlentscheidung sei eine gleichlautende Auswahlentscheidung in gleicher Sache, die mit Bescheid vom 29. November 2013 im Verfahren GZ: N/0101-BVA/07/2013-39 vom Bundesvergabeamt für nichtig erklärt worden sei, vorangegangen. Die gegenständliche Ausschreibung, welche einen Großteil der österreichischen elektronischen Sendungen (im Wege der dualen Zustellung) umfasse, sei von besonderem Interesse und Prestige. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin im Rahmen der Ausschreibung ein Angebot gelegt. Auch bestünde bereits ein Vertrag zwischen der Bundesbeschaffung GmbH und der Antragstellerin über die ausgeschriebenen Tätigkeiten der dualen Zustellung und bestünden daher zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin Schnittstellen. Die neuerliche Auswahlentscheidung zur Rahmenvereinbarung sei der Antragstellerin am 19. Dezember 2013, mitgeteilt worden. Die Rahmenvereinbarung sei noch nicht abgeschlossen worden. Beim gegenständlichen Verfahren handle es sich um ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich gem. § 140 Abs. 4 BVergG und betrage die Stillhaltefrist und somit jene Frist innerhalb der ein Nachprüfungsantrag gestellt werden müsse 10 Tage. Der Nachprüfungsantrag sei daher fristgerecht eingebracht. Die Pauschalgebühren in Höhe von EUR 18.000,-- seien durch Überweisung bezahlt worden. Dieser Auswahlentscheidung sei eine gleichlautende Auswahlentscheidung in gleicher Sache, die mit Bescheid vom 29. November 2013 im Verfahren GZ: N/0101-BVA/07/2013-39 vom Bundesvergabeamt für nichtig erklärt worden sei, vorangegangen. Die gegenständliche Ausschreibung, welche einen Großteil der österreichischen elektronischen Sendungen (im Wege der dualen Zustellung) umfasse, sei von besonderem Interesse und Prestige. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin im Rahmen der Ausschreibung ein Angebot gelegt. Auch bestünde bereits ein Vertrag zwischen der Bundesbeschaffung GmbH und der Antragstellerin über die ausgeschriebenen Tätigkeiten der dualen Zustellung und bestünden daher zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin Schnittstellen. Die neuerliche Auswahlentscheidung zur Rahmenvereinbarung sei der Antragstellerin am 19. Dezember 2013, mitgeteilt worden. Die Rahmenvereinbarung sei noch nicht abgeschlossen worden. Beim gegenständlichen Verfahren handle es sich um ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich gem. Paragraph 140, Absatz 4, BVergG und betrage die Stillhaltefrist und somit jene Frist innerhalb der ein Nachprüfungsantrag gestellt werden müsse 10 Tage. Der Nachprüfungsantrag sei daher fristgerecht eingebracht. Die Pauschalgebühren in Höhe von EUR 18.000,-- seien durch Überweisung bezahlt worden.

Der Antragstellerin drohe ein finanzieller Schaden, sollte im gegenständlichen Vergabeverfahren die Rahmenvereinbarung nicht mit der Antragstellerin abgeschlossen werden. Der Schaden bestünde aus dem mit dem Auftrag verbundenen marktüblichen entgangenen Gewinn und einem entgangenen Gemeinkostendeckungsbeitrag. Überdies bestünde der Schaden aus den frustrierten Kosten, die mit dem Studium der Ausschreibungsunterlagen und den bisherigen Vorbereitungsarbeiten für die gegenständliche Ausschreibung verbunden wären. Auch drohe ein Schaden im Verlust eines wichtigen Prestigeprojektes. Die Antragstellerin sehe sich in nachfolgenden Rechten verletzt:

im Recht, dass ein gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuscheidendes Angebot auch tatsächlich ausgeschieden werde; im Recht, dass ein gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuscheidendes Angebot auch tatsächlich ausgeschieden werde;

im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, insbesondere des § 19 BVergG und unter Beachtung des Diskriminierungsverbots und entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs; im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, insbesondere des Paragraph 19, BVergG und unter Beachtung des Diskriminierungsverbots und entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs;

sofern alle Angebote auszuscheiden bzw. alle Bieter auszuschließen wären, im Recht darauf, dass eine Ausscheidung widerrufen werde;

überhaupt im Recht, dass das gesamte Vergaberechtsregime eingehalten werde.

Nachdem der Bescheid des BVA vom 29.11.2013 zum vorangegangenen Verfahren GZ: N/0101-BVA/07/2013-39 ergangen sei, sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 02.12.2013 durch die XXXX aufgefordert worden, bis zum 06.12.2013, 10.00 Uhr ihre Kalkulation offenzulegen. Diesem Aufklärungsersuchen sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 06.12.2013 nebst beigeschlossener detaillierter Darstellung der Kostenkalkulation je Position nachgekommen. In weiterer Folge habe am 19.12.2013 die Auftraggeberin sodann die Mitteilung über die verfahrensgegenständliche neuerliche Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung kundgemacht. Angaben dazu, dass auch das Angebot der präsumtiven Bestbieterin einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden sei, insbesondere angesichts der diversen auffällig niedrigen Preise der präsumtiven Bestbieterin fänden sich in der Mitteilung vom 19.12.2013 nicht. Nachdem der Bescheid des BVA vom 29.11.2013 zum vorangegangenen Verfahren GZ: N/0101-BVA/07/2013-39 ergangen sei, sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 02.12.2013 durch die römisch 40 aufgefordert worden, bis zum 06.12.2013, 10.00 Uhr ihre Kalkulation offenzulegen. Diesem Aufklärungsersuchen sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 06.12.2013 nebst beigeschlossener detaillierter Darstellung der Kostenkalkulation je Position nachgekommen. In weiterer Folge habe am 19.12.2013 die Auftraggeberin sodann die Mitteilung über die verfahrensgegenständliche neuerliche Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung kundgemacht. Angaben dazu, dass auch das Angebot der präsumtiven Bestbieterin einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden sei, insbesondere angesichts der diversen auffällig niedrigen Preise der präsumtiven Bestbieterin fänden sich in der Mitteilung vom 19.12.2013 nicht.

Es werde daher weiterhin davon ausgegangen, dass das Angebot der präsumtiven Bestbieterin zumindest im Bereich des Drucks betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar sei und die Leistungen weit unter den Gestehungskosten der präsumtiven Bestbieterin angeboten worden wären.

Der Bereich des Digitaldrucks einfacher Sendungen nebst Kuvertierung und Standardnebenleistungen zeichne sich durch einen hohen Materialaufwand und sehr ähnliche Gerätebestände aus. Allein aufgrund der weitgehend gleichen Angebotspreise der Antragstellerin und des dritten verfahrensbeteiligten Bieters müsse davon ausgegangen werden, dass diese Preise marktüblich wären, während die Einzelpreise der präsumtiven Bestbieterin unter den Gestehungskosten liegen würden, zumindest aber unplausibel niedrig und insofern spekulativ wären.

Die Antragstellerin sei im ausschreibungsgegenständlichen Bereich beim Ankauf der Verbrauchsmaterialien einer der größten Abnehmer in Österreich. Aus diesem Grunde würden die Einkaufspreise der Antragstellerin auf dem geringstmöglichen Niveau liegen. Die Hilfsbegründung der XXXX, das Angebot der Antragstellerin sei wegen der Auspreisung der Preispositionen 1b und 1d mit EUR 0,-- in der Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht plausibel, mit der die XXXX wohl andeuten wolle, dass es der Antragstellerin sohin an der Antragslegitimation fehle, sei unzutreffend. Wie bereits im Verfahren GZ: N/0101-BVA/07/2013-39 und dem Schreiben der Antragstellerin vom

06.12.2013 sei ausführlich dargelegt worden, dass die Erhöhung der Transaktionszahl, die durch die voll entwickelte Middleware verarbeitet werde, die veranschlagten laufenden Kosten in keiner Weise beeinflussen würde. Diese Kosten würden konstant bleiben, unabhängig davon, ob nur die bereits heute beauftragten Leistungen erbracht würden oder ob die im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung zu vergebenden Leistung hinzutreten würden. Die Antragstellerin sei im ausschreibungsgegenständlichen Bereich beim Ankauf der Verbrauchsmaterialien einer der größten Abnehmer in Österreich. Aus diesem Grunde würden die Einkaufspreise der Antragstellerin auf dem geringstmöglichen Niveau liegen. Die Hilfsbegründung der römisch 40, das Angebot der Antragstellerin sei wegen der Auspreisung der Preispositionen 1b und 1d mit EUR 0,-- in der Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht plausibel, mit der die römisch 40 wohl andeuten wolle, dass es der Antragstellerin sohin an der Antragslegitimation fehle, sei unzutreffend. Wie bereits im Verfahren GZ: N/0101-BVA/07/2013-39 und dem Schreiben der Antragstellerin vom 06.12.2013 sei ausführlich dargelegt worden, dass die Erhöhung der Transaktionszahl, die durch die voll entwickelte Middleware verarbeitet werde, die veranschlagten laufenden Kosten in keiner Weise beeinflussen würde. Diese Kosten würden konstant bleiben, unabhängig davon, ob nur die bereits heute beauftragten Leistungen erbracht würden oder ob die im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung zu vergebenden Leistung hinzutreten würden.

Damit würde ein hinzutretendes weiteres Volumen von Datensätzen, die von der Middleware unmittelbar und automatisch in fremde Zustelldienst bzw. Zustellkanäle weitergeleitet würden, keinerlei Mehrkosten verursachen, die in der Kalkulation berücksichtigt hätten werden müssen.

Die Ansicht der XXXX, die Kosten müssten zwischen Eigenzustellung und dem Rest aufgeteilt werden, und dann in der Folge auf die ermittelte Menge aufgeteilt werden, sei sachlich unzutreffend und für die Frage der Plausibilität des Gesamtpreises unerheblich, da die Eigenzustellung über die reine Middleware hinaus weitere Software zur eigentlichen elektronischen Zustellung an den Empfänger erfordere, als die reine Weiterleitung an fremde Zustelldienste und fremde Zustellkanäle. Es sei aus diesem Grunde nachvollziehbar, dass die Preise der Positionen 1b und 1d von denen nach 1c unterschiedlich seien, da dahinter auf jeden Fall unterschiedliche Aufwände stünden. Die Ansicht der römisch 40, die Kosten müssten zwischen Eigenzustellung und dem Rest aufgeteilt werden, und dann in der Folge auf die ermittelte Menge aufgeteilt werden, sei sachlich unzutreffend und für die Frage der Plausibilität des Gesamtpreises unerheblich, da die Eigenzustellung über die reine Middleware hinaus weitere Software zur eigentlichen elektronischen Zustellung an den Empfänger erfordere, als die reine Weiterleitung an fremde Zustelldienste und fremde Zustellkanäle. Es sei aus diesem Grunde nachvollziehbar, dass die Preise der Positionen 1b und 1d von denen nach 1c unterschiedlich seien, da dahinter auf jeden Fall unterschiedliche Aufwände stünden.

Durch ein weiteres Zustellvolumen würden keine Mehrkosten in Bezug auf die Middleware entstehen. Es könne daher kein Zweifel daran bestehen, dass die Preisbildung der Antragstellerin plausibel, betriebswirtschaftlich voll erklärbar und nachvollziehbar sei. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweise die Antragstellerin vollumfänglich auf ihr Vorbringen im Verfahren GZ: N0101-BVA/07/2013-39 und auf die Ausführungen zum Schreiben vom 06.12.2013. Das gesamte dortige Vorbringen werde somit auch zum Vorbringen dieses Nachprüfungsantrages gemacht.

Die Auftraggeberin übermittelte die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens und gab mit Schreiben vom 03.01.2014 im Wesentlichen zusammengefasst an, dass das Vergabeverfahren im Zuge eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung gem. § 30 Abs. 1 Z 2 BVerG zur Beschaffung prioritärer Dienstleistungen im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben worden sei. Die Öffnung der Erstangebote sei am 19.08.2013, 09.00 Uhr und jene der Letztangebote am 25.09.2013, 10.00 Uhr erfolgt. Eine Ausscheidensentscheidung gem. § 269 BVerG sei nicht erfolgt. Der Versand der Auswahlentscheidung sei am 20.12.2013 elektronisch (Lieferanzeiger.at) erfolgt. Die Bundesbeschaffung GmbH habe als vergebende Stelle für die Republik Österreich sowie in der Bekanntmachung und in den Ausschreibungsunterlagen weiteren angeführten öffentlichen Auftraggebern ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung über prioritäre Dienstleistungen im Oberschwellenbereich durchgeführt. Ziel des Vergabeverfahrens sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend die Abwicklung der dualen Zustellung in ganz Österreich für die öffentlichen Auftraggeber. Die öffentliche Bekanntmachung in Österreich sei am 22.01.2013 (Online-Ausgabe Lieferanzeige) und die Versendung der Bekanntmachung durch Veröffentlichung im Amtsblatt der EU am 21.01.2013 erfolgt. Die Auftraggeberin übermittelte die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens und gab mit Schreiben vom 03.01.2014 im Wesentlichen zusammengefasst an, dass das Vergabeverfahren im Zuge eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung gem. Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG zur Beschaffung prioritärer Dienstleistungen im Oberschwellenbereich nach dem

Bestbieterprinzip ausgeschrieben worden sei. Die Öffnung der Erstantgebote sei am 19.08.2013, 09.00 Uhr und jene der Letztangebote am 25.09.2013, 10.00 Uhr erfolgt. Eine Ausscheidensentscheidung gem. Paragraph 269, BVergG sei nicht erfolgt. Der Versand der Auswahlentscheidung sei am 20.12.2013 elektronisch (Lieferanzeiger.at) erfolgt. Die Bundesbeschaffung GmbH habe als vergebende Stelle für die Republik Österreich sowie in der Bekanntmachung und in den Ausschreibungsunterlagen weiteren angeführten öffentlichen Auftraggebern ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung über prioritäre Dienstleistungen im Oberschwellerbereich durchgeführt. Ziel des Vergabeverfahrens sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend die Abwicklung der dualen Zustellung in ganz Österreich für die öffentlichen Auftraggeber. Die öffentliche Bekanntmachung in Österreich sei am 22.01.2013 (Online-Ausgabe Lieferanzeige) und die Versendung der Bekanntmachung durch Veröffentlichung im Amtsblatt der EU am 21.01.2013 erfolgt.

Bis zum Ende der Teilnahmefrist am 21.02.2013 seien insgesamt drei Teilnahmeanträge abgegeben worden. Nach deren Prüfung seien alle drei Bieter zur Angebotslegung eingeladen worden, zumal sämtliche Anforderungen der Teilnahmebedingungen erfüllt worden seien. Die Entscheidung der gegenständlichen Vergabe erfolge nach dem Bestbieterprinzip unter Zugrundelegung der Zuschlagskriterien 1. Preis und 2. Qualität, deren Gewichtung mit je 50% festgelegt worden sei. Die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung samt umfassender Begründung sei am 08.10.2013 über auftrag.at an sämtliche Bieter übermittelt worden. Die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und die Gründe für die Ablehnung der anderen Angebote, welche sich aus der Bewertung nach den Zuschlagskriterien ergeben, hätten von den Bietern aus der dem Schreiben beigelegten Tabelle entnommen werden können.

Mit Schriftsatz vom 17.10.2013 habe die Antragstellerin begehrt, die Entscheidung der Auftraggeberin eine Rahmenvereinbarung mit der präsuntiven Bestbieterin abzuschließen, für nichtig zu erklären und der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die ziffernmäßig bestimmten Pauschalgebühren zu ersetzen. Inhaltlich rügte die Antragstellerin, dass die präsuntive Bestbieterin die Eignungskriterien nicht erfüllen würde und gem. § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Mit Schriftsatz vom 17.10.2013 habe die Antragstellerin begehrt, die Entscheidung der Auftraggeberin eine Rahmenvereinbarung mit der präsuntiven Bestbieterin abzuschließen, für nichtig zu erklären und der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die ziffernmäßig bestimmten Pauschalgebühren zu ersetzen. Inhaltlich rügte die Antragstellerin, dass die präsuntive Bestbieterin die Eignungskriterien nicht erfüllen würde und gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden gewesen wäre.

In diesem Zusammenhang habe die Antragstellerin auf den geforderten Gesamtjahresumsatz und auf das genutzte Rechenzentrum und darauf verwiesen, dass die präsuntive Bestbieterin nicht die notwendigen Referenzen aufweise. Das Angebot der präsuntiven Bestbieterin wäre einer vertieften Angebotsprüfung zuzuführen gewesen. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 29.11.2013 (N/0101-BVA/07/2013-39) sei dem gestellten Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Entscheidung eine Rahmenvereinbarung mit der präsuntiven Bestbieterin abzuschließen, stattgegeben worden und sei somit die Entscheidung für nichtig erklärt worden. Inhaltlich habe die Vergabekontrollbehörde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt habe und dies die Entscheidung mit Rechtswidrigkeit belaste.

Am 23.12.2013 sei gegen diesen Bescheid seitens der Auftraggeberin Beschwerde gem. Art. 131 Abs. 1 Z 1 B-VG iVm §§ 26 ff VwGG beim Verwaltungsgerichtshof eingelegt worden. Am 23.12.2013 sei gegen diesen Bescheid seitens der Auftraggeberin Beschwerde gem. Artikel 131, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG in Verbindung mit Paragraphen 26, ff VwGG beim Verwaltungsgerichtshof eingelegt worden.

Die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung samt umfassender Begründung sei am 20.12.2013 über auftrag.at an sämtliche Bieter übermittelt worden. Wie die vertiefte Angebotsprüfung ergeben habe, entspreche das Angebot der Antragstellerin aufgrund spekulativer Preisgestaltung und unplausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht den Ausschreibungsunterlagen. Sehr wohl entspreche zugleich das Angebot der präsuntiven Bestbieterin den Ausschreibungsunterlagen und setze sich dessen Gesamtpreis plausibel zusammen. Das Ausscheiden der Antragstellerin durch die Auftraggeberin gem. § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG sei gegenständlich nur deshalb unterblieben, weil die Antragstellerin als Dritt- und somit Letztgeriehete ohnehin nicht als Bestbieterin in Frage käme. Die Antragstellerin erstatte nach wie vor kein Vorbringen dahingehend, dass sie durch den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der präsuntiven Bestbieterin in ihren subjektiven Rechten

verletzt worden wäre. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung sei jeweils am 02.12.2013 sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Bestbieterin schriftlich aufgefordert worden bis zum 06.12.2013 ihre Kalkulationen offenzulegen und bestimmte Punkte schriftlich aufzuklären. Ab dem 09.12.2013 seien von der Auftraggeberin zwei objektive externe Sachverständige beauftragt worden die beiden Angebote einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Die vertiefte Angebotsprüfung habe für die Auftraggeberin ergeben, dass die Preiskalkulationen und die zugrundeliegenden Kosten des Angebots der präsumtiven Bestbieterin betriebswirtschaftlich plausibel, nachvollziehbar und marktüblich seien und nicht unter den Selbstkosten liegen würden. Die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung samt umfassender Begründung sei am 20.12.2013 über auftrag.at an sämtliche Bieter übermittelt worden. Wie die vertiefte Angebotsprüfung ergeben habe, entspreche das Angebot der Antragstellerin aufgrund spekulativer Preisgestaltung und unplausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht den Ausschreibungsunterlagen. Sehr wohl entspreche zugleich das Angebot der präsumtiven Bestbieterin den Ausschreibungsunterlagen und setze sich dessen Gesamtpreis plausibel zusammen. Das Ausscheiden der Antragstellerin durch die Auftraggeberin gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG sei gegenständlich nur deshalb unterblieben, weil die Antragstellerin als Dritt- und somit Letztgereichte ohnehin nicht als Bestbieterin in Frage käme. Die Antragstellerin erstatte nach wie vor kein Vorbringen dahingehend, dass sie durch den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der präsumtiven Bestbieterin in ihren subjektiven Rechten verletzt worden wäre. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung sei jeweils am 02.12.2013 sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Bestbieterin schriftlich aufgefordert worden bis zum 06.12.2013 ihre Kalkulationen offenzulegen und bestimmte Punkte schriftlich aufzuklären. Ab dem 09.12.2013 seien von der Auftraggeberin zwei objektive externe Sachverständige beauftragt worden die beiden Angebote einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Die vertiefte Angebotsprüfung habe für die Auftraggeberin ergeben, dass die Preiskalkulationen und die zugrundeliegenden Kosten des Angebots der präsumtiven Bestbieterin betriebswirtschaftlich plausibel, nachvollziehbar und marktüblich seien und nicht unter den Selbstkosten liegen würden.

Weiters habe sich für die Auftraggeberin eindeutig ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin nicht betriebswirtschaftlich plausibel, nachvollziehbar und marktüblich sei und die Kosten ohne Deckungsbeiträge und Gewinnaufschläge weitergegeben würden.

Die präsumtive Bestbieterin brachte im Schriftsatz vom 09.01.2014 im Wesentlichen vor, dass laut Bekanntmachung vom 03.01.2014 auf der Amtstafel des Bundesverwaltungsgerichtes im Vergabeverfahren "Duale Zustellung" hinsichtlich der Auswahlentscheidung ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet worden sei. Bei der präsumtiven Bestbieterin handle es sich um jenes Unternehmen, mit dem entsprechend der bekämpften Auswahlentscheidung die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle. Sollte die bekämpfte Entscheidung aufgehoben werden, drohe der präsumtiven Bestbieterin ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Weiters seien der präsumtiven Bestbieterin Kosten in Höhe von rund 25.000,-- Euro für die Beteiligung an dem gegenständlichen Vergabeverfahren entstanden. Auch entginge der präsumtiven Bestbieterin die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

In der Stellungnahme der Antragstellerin vom 16. Jänner 2014 brachte diese im Wesentlichen vor, dass das Angebot der Antragstellerin weder spekulativ noch unplausibel zusammengesetzt sei und mangle es daher nicht an der Antragslegitimation. Die Antragstellerin sei weiterhin der Ansicht, dass der von der präsumtiven Bestbieterin angesetzte Preis unter dem Einstandspreis liegen würde und zur Eignung geforderte Voraussetzungen, wie etwa die Echtheitsspiegelung der Daten in den redundanten Rechenzentren nicht gegeben wäre.

Seitens der vergebenden Stelle sei keine Überprüfung dieses Kritikpunktes durchgeführt worden. Aufgrund mangelnder Eignung und eines spekulativen Preises wäre daher die präsumtive Bestbieterin auszuschneiden gewesen. Da das Angebot der Antragstellerin gegenüber dem Angebot des zweitgereihten Bieters billiger sei, müsse daher seitens der Antragstellerin angenommen werden, dass bei einer ordnungsgemäßen Beurteilung das Angebot der Antragstellerin an zweiter Stelle zu reihen gewesen wäre. Nach Ansicht der Antragstellerin wäre daher das Angebot der Antragstellerin als bestes Angebot zu werten. Bezüglich der von der Auftraggeberin herangezogenen Sachverständigen bestünden seitens der Antragstellerin begründete Zweifel hinsichtlich deren Objektivität und Sachkunde. Bei den Personen handle es sich um ehemalige Mitarbeiter der Antragstellerin und hätten sich diese aufgrund allgemeiner Grundsätze nach Treu und Glauben einer gutachterlichen Stellungnahme entziehen müssen.

Herr XXXX verfüge über keine akademische Ausbildung und habe nur zwei Jahre Erfahrung im Bereich Druck. XXXX

verfüge zwar über eine betriebswirtschaftliche Ausbildung, es bestünden nach Wissen der Antragstellerin aber keine besonderen Kenntnisse über duale Zustellung und insbesondere keine Kenntnisse über Druck. Herr XXXX sei Gründer und Vertretungsbefugter des Vereins XXXX. Auf der Homepage des Vereines sei angeführt, dass die XXXX mit der XXXX als Projektpartner kooperiere. Diese sei Subunternehmer der präsuntiven Bestbieterin und aus diesem Grunde hätte Herr XXXX eine Stellungnahme aufgrund von Befangenheit ablehnen müssen. Herr römisch 40 verfüge über keine akademische Ausbildung und habe nur zwei Jahre Erfahrung im Bereich Druck. römisch 40 verfüge zwar über eine betriebswirtschaftliche Ausbildung, es bestünden nach Wissen der Antragstellerin aber keine besonderen Kenntnisse über duale Zustellung und insbesondere keine Kenntnisse über Druck. Herr römisch 40 sei Gründer und Vertretungsbefugter des Vereins römisch 40 . Auf der Homepage des Vereines sei angeführt, dass die römisch 40 mit der römisch 40 als Projektpartner kooperiere. Diese sei Subunternehmer der präsuntiven Bestbieterin und aus diesem Grunde hätte Herr römisch 40 eine Stellungnahme aufgrund von Befangenheit ablehnen müssen.

Der präsuntiven Bestbieterin sei zwei Mal die Möglichkeit eingeräumt worden, ihr Angebot aufzuklären. Der Antragstellerin sei diese Möglichkeit nur einmal gewährt worden. Dies zeige eine Bevorteilung der präsuntiven Bestbieterin. Es könne nicht nachvollzogen werden, nach welchen gutachterlichen Grundsätzen die Bewertung der Angebote erfolgt sei. Die Stellungnahme von XXXX, dass nicht verständlich sei, warum es zu einer Verminderung des Preises gekommen wäre, kann nicht nachvollzogen werden. Gegenüber dem Erstangebot seien die Zahlen der Zustellungen, die vom Bieter zu bepreisen seien, in den angegebenen Stufen vermindert worden. So sei die höchste Stufe von 2,5 Millionen Zustellungen auf eine 1,25 Millionen vermindert worden. Bei Zustellungen über fremde Zustellkanäle verrechne der Betreiber dieses Zustellkanals dem Auftraggeber die Zustellungen. Es sei daher gerechtfertigt, diese Position mit Null auszureisen. Null-Positionen würden nicht zwangsläufig das Vorliegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises oder gar spekulativen Preisgestaltung begründen. Im Preisblatt des ersten Angebotes habe die Antragstellerin in Punkt 1 "elektronische Zustellung/Übermittlung privatwirtschaftlich/privatrechtlich" nur Zustellungen an den eigenen Zustellkanal angeben können. Im last and best offer seien die Preise aufgesplittet worden und die Zustellung/Übermittlung im eigenen Zustellkanal sei reduziert worden. Die Zustellung/Übermittlung im eigenen Zustellkanal sei von der XXXX im Erstangebot mit 1.249.999 Transaktionen und im Letztangebot mit 624.999 Transaktionen vorgegeben worden. Die Preisreduktion von rund 32% zwischen Erst- und Letztangebot sei in einem Verhandlungsverfahren weder unüblich noch spekulativ. Der präsuntiven Bestbieterin sei zwei Mal die Möglichkeit eingeräumt worden, ihr Angebot aufzuklären. Der Antragstellerin sei diese Möglichkeit nur einmal gewährt worden. Dies zeige eine Bevorteilung der präsuntiven Bestbieterin. Es könne nicht nachvollzogen werden, nach welchen gutachterlichen Grundsätzen die Bewertung der Angebote erfolgt sei. Die Stellungnahme von römisch 40 , dass nicht verständlich sei, warum es zu einer Verminderung des Preises gekommen wäre, kann nicht nachvollzogen werden. Gegenüber dem Erstangebot seien die Zahlen der Zustellungen, die vom Bieter zu bepreisen seien, in den angegebenen Stufen vermindert worden. So sei die höchste Stufe von 2,5 Millionen Zustellungen auf eine 1,25 Millionen vermindert worden. Bei Zustellungen über fremde Zustellkanäle verrechne der Betreiber dieses Zustellkanals dem Auftraggeber die Zustellungen. Es sei daher gerechtfertigt, diese Position mit Null auszureisen. Null-Positionen würden nicht zwangsläufig das Vorliegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises oder gar spekulativen Preisgestaltung begründen. Im Preisblatt des ersten Angebotes habe die Antragstellerin in Punkt 1 "elektronische Zustellung/Übermittlung privatwirtschaftlich/privatrechtlich" nur Zustellungen an den eigenen Zustellkanal angeben können. Im last and best offer seien die Preise aufgesplittet worden und die Zustellung/Übermittlung im eigenen Zustellkanal sei reduziert worden. Die Zustellung/Übermittlung im eigenen Zustellkanal sei von der römisch 40 im Erstangebot mit 1.249.999 Transaktionen und im Letztangebot mit 624.999 Transaktionen vorgegeben worden. Die Preisreduktion von rund 32% zwischen Erst- und Letztangebot sei in einem Verhandlungsverfahren weder unüblich noch spekulativ.

Der Sachverständige führe aus, dass die präsuntive Bestbieterin den Druck kostengünstig und vollautomatisch abwickle. Ein vollständig vollautomatischer Druck sei nur dann möglich, wenn es sich um die kostengünstiger zu produzierenden hybriden Rückscheinbriefe handle. Gefordert werde von der vergebenden Stelle in der Preisposition 2b "Rsa, Rsb maschinenlesbar 1 Blatt duplex-". Maschinenfähige Rückscheinbriefe könnten aufgrund ihrer Beschaffenheit jedoch nicht vollständig vollautomatisch produziert werden, da manuelle Tätigkeiten notwendig wären. Die Feststellung, dass der Prozess der maschinenfähigen Rückscheinbriefe vollautomatisch bei der präsuntiven Bestbieterin ablaufe, könne nicht richtig sein. Die Preise im Bereich Druck würden bei der präsuntiven Bestbieterin jedenfalls unter dem Einstandspreis liegen und müsste das Angebot der präsuntiven Bestbieterin nach Ansicht der

Antragstellerin als spekulativ ausgeschieden werden.

Die Antragstellerin brachte in Ergänzung des bisherigen Vorbringens mit Schriftsatz vom 23.01.2014 im Wesentlichen vor, dass für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar sei, ob es sich bei den übermittelten 26 Seiten um die vollständigen Gutachten der Sachverständigen handle. Hinsichtlich des Gutachtens XXXX sei festzuhalten, dass der Gutachter auf Referenzpreise für Angebote in der physischen Dokumentenproduktion verweise, ohne anzugeben, welche Referenzpreise er dafür heranziehe. Im Bereich Druck seien Referenzpreise pro Tag bzw. Zeiteinheit heranzuziehen. Es werde auch auf internationale Marktführer verwiesen, wobei auch hier nicht angegeben werde, um welche es sich handle bzw. woher die Daten, deren Richtigkeit bestritten werde, bezogen worden seien. Auch beziehe sich der Gutachter bei den Preisen auf Standardkuverts, welche bei Rsa- bzw. Rsb-Briefen nicht zur Anwendung kommen würden. Auch hinsichtlich der Preisdifferenz zwischen den Angeboten der präsumtiven Bestbieterin und der Antragstellerin erfolge keine Verifizierung, welche der Punkte für die Preisgestaltung konkret ausschlaggebend seien. Hier würden seitens des Gutachters Vermutungen angestellt, jedoch keine eindeutigen Nachweise für die Vermutungen erbracht. Es werde am Ende des Gutachtens nur ein Pauschalurteil, dass die Angebote nachvollziehbar, marktüblich sowie innerhalb der erwartbaren Kalkulationsspannen liegen würden, gefällt, ohne näher darauf einzugehen, nach welchen Kriterien gutachterlicher Bewertung diese Beurteilung erfolgt sei. Die Antragstellerin brachte in Ergänzung des bisherigen Vorbringens mit Schriftsatz vom 23.01.2014 im Wesentlichen vor, dass für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar sei, ob es sich bei den übermittelten 26 Seiten um die vollständigen Gutachten der Sachverständigen handle. Hinsichtlich des Gutachtens römisch 40 sei festzuhalten, dass der Gutachter auf Referenzpreise für Angebote in der physischen Dokumentenproduktion verweise, ohne anzugeben, welche Referenzpreise er dafür heranziehe. Im Bereich Druck seien Referenzpreise pro Tag bzw. Zeiteinheit heranzuziehen. Es werde auch auf internationale Marktführer verwiesen, wobei auch hier nicht angegeben werde, um welche es sich handle bzw. woher die Daten, deren Richtigkeit bestritten werde, bezogen worden seien. Auch beziehe sich der Gutachter bei den Preisen auf Standardkuverts, welche bei Rsa- bzw. Rsb-Briefen nicht zur Anwendung kommen würden. Auch hinsichtlich der Preisdifferenz zwischen den Angeboten der präsumtiven Bestbieterin und der Antragstellerin erfolge keine Verifizierung, welche der Punkte für die Preisgestaltung konkret ausschlaggebend seien. Hier würden seitens des Gutachters Vermutungen angestellt, jedoch keine eindeutigen Nachweise für die Vermutungen erbracht. Es werde am Ende des Gutachtens nur ein Pauschalurteil, dass die Angebote nachvollziehbar, marktüblich sowie innerhalb der erwartbaren Kalkulationsspannen liegen würden, gefällt, ohne näher darauf einzugehen, nach welchen Kriterien gutachterlicher Bewertung diese Beurteilung erfolgt sei.

Hinsichtlich des Gutachtens XXXX sei festzuhalten, dass dieser in keiner Weise ausführe, warum es in keinem Fall zur Reduktion der Preise in der genannten Höhe kommen dürfe. Er führe in keiner Weise aus, aufgrund welcher gutachterlichen Kalkulationsmodelle er zu diesem Schritt gelange. Wenn der Gutachter Bezug auf die Middleware nehme und dann auf die von der Antragstellerin zum Betrieb des Zustelldienstes in der Erläuterung der Preisposition vom 04.12.2003 auf Seite 4 auf die angeführten Kosten des Zustelldienstes verweise, sei festzuhalten, dass der Zustelldienst nicht die Middleware umfasse, sondern jene Software, die notwendig sei, um nach Übergabe durch die Middleware, die Zustellung an den Empfänger durchzuführen. Die in der Erläuterung angeführten Kosten stünden daher in keinem Verhältnis zur Middleware. Der Gutachter führe mehrfach aus, dass Zuordnungen oder Berechnungen marktüblich seien. Auf welchem Markt bzw. welche Marktüblichkeit sich der Gutachter beziehe und was Grundlage seiner Beurteilung sei, werde offengelassen. Das Argument des Gutachters, die Antragstellerin habe dadurch, dass sie die Position der Weiterleitung mit Null Euro auspreise, spekulativ gehandelt, da sie annehme, dass die Zustellungen hauptsächlich über ihre Zustellkanäle abgewickelt würden und sie sich daher einen Vorteil verschaffen würde, sei sinnwidrig. Die von der Antragstellerin verwendete Middleware trage den Namen SendStation. Der Anteil der Middleware an den auf den Servern installierten Softwarekomponenten sei minimal. Hinsichtlich des Gutachtens römisch 40 sei festzuhalten, dass dieser in keiner Weise ausführe, warum es in keinem Fall zur Reduktion der Preise in der genannten Höhe kommen dürfe. Er führe in keiner Weise aus, aufgrund welcher gutachterlichen Kalkulationsmodelle er zu diesem Schritt gelange. Wenn der Gutachter Bezug auf die Middleware nehme und dann auf die von der Antragstellerin zum Betrieb des Zustelldienstes in der Erläuterung der Preisposition vom 04.12.2003 auf Seite 4 auf die angeführten Kosten des Zustelldienstes verweise, sei festzuhalten, dass der Zustelldienst nicht die Middleware umfasse, sondern jene Software, die notwendig sei, um nach Übergabe durch die Middleware, die Zustellung an den Empfänger durchzuführen. Die in der Erläuterung angeführten Kosten stünden daher in keinem Verhältnis zur Middleware. Der Gutachter führe mehrfach aus, dass Zuordnungen oder Berechnungen marktüblich

seien. Auf welchem Markt bzw. welche Marktüblichkeit sich der Gutachter beziehe und was Grundlage seiner Beurteilung sei, werde offengelassen. Das Argument des Gutachters, die Antragstellerin habe dadurch, dass sie die Position der Weiterleitung mit Null Euro auspreise, spekulativ gehandelt, da sie annehme, dass die Zustellungen hauptsächlich über ihre Zustellkanäle abgewickelt würden und sie sich daher einen Vorteil verschaffen würde, sei sinnwidrig. Die von der Antragstellerin verwendete Middleware trage den Namen SendStation. Der Anteil der Middleware an den auf den Servern installierten Softwarekomponenten sei minimal.

Die präsumtive Bestbieterin führte in ihrem Schriftsatz vom 24.01.2014 im Wesentlichen aus, dass bereits die vergebende Stelle in der Lage sei, eine vertiefte Angebotsprüfung bzw. eine Prüfung von Angeboten auf deren betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit durchzuführen. Insbesondere seien vor Durchführung des gegenständlichen Beschaffungsvorhabens die relevanten Marktverhältnisse erhoben worden. Festgehalten werde, dass die präsumtive Bestbieterin in keinerlei Geschäftsbeziehung zu den beigezogenen Beratern stünde. Aus dem von der präsumtiven Bestbieterin abgegebenen Preisblatt ergebe sich ohne jeden Zweifel, dass bei den maschinenlesbaren Rückscheine betreffenden Positionen ausschreibungskonform auch solche angeboten worden seien. Aus der Kalkulation ergebe sich, dass die präsumtive Bestbieterin jedenfalls kostendeckend kalkuliert habe. Abschließend werde festgehalten, dass das Angebot der Antragstellerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise. Die Antragslegitimation sei dementsprechend nicht gegeben.

Mit Schriftsatz der Auftraggeberin vom 24.10.2014 wurde zum Vorhalt der Antragstellerin, dass eine ordnungsgemäße Bewertung zu einer besseren Beurteilung der Antragstellerin führen hätte müssen, ausgeführt, dass dieser Vorwurf der Falschbewertung im zugrundeliegenden Nachprüfungsantrag noch nicht enthalten gewesen sei.

Der Vorwurf sei demnach als verfristet zu beurteilen. Zum Vorwurf der Befangenheit des Sachverständigen sei festzustellen, dass die Standesregeln des Hauptverbandes der Gerichtssachverständigen im gegenständlichen Kontext nicht einschlägig seien. Als nichtamtliche Sachverständige bzw. Privatsachverständige würden nicht nur allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige, sondern auch sonst ausreichend qualifizierte Personen gelten. Da es sich im gegenständlichen Vergabeverfahren um die erste Ausschreibung in diesem Segment handle, wäre auch in der Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen kein passender Sachverständiger zu finden gewesen.

XXXX habe die vergebende Stelle im Bereich des Postwesens bereits mehrmals als Sachverständiger unterstützt. XXXX hätte in weiterer Folge Herrn XXXX als zusätzlichen Sachverständigen vorgeschlagen. Die Expertise der beiden Personen hinsichtlich eines sehr speziellen Marktes begründe sich eben gerade aus der Tatsache, dass sie Branchenkenntnisse aufgrund eigener beruflicher Erfahrung besitzen würden. Die beiden Subunternehmer der Antragstellerin bzw. der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien die wesentlichen Marktführer in Österreich hinsichtlich der ausschreibungsrelevanten Tätigkeiten. Bei der Suche nach Sachverständigen im einschlägigen Bereich der dualen Zustellung sei daher die Chance, auf eine Person zu stoßen, die bereits im geschäftlichen Kontakt, welcher Art auch immer, zu einer der beiden genannten Subunternehmer stand, hoch. Es gebe aus diesem Grund ein Non disclosure-Agreement mit beiden Sachverständigen, worin sie sich verpflichten würden, ihre Tätigkeit unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen unbeeinflusst auszuüben. Hinsichtlich der von der Antragstellerin behaupteten Amortisierung der Middleware sei auf die Widersprüche der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 25.11.2003 im Vergabekontrollverfahren N/0101/BVA/07/2013 zu verweisen. römisch 40 habe die vergebende Stelle im Bereich des Postwesens bereits mehrmals als Sachverständiger unterstützt. römisch 40 hätte in weiterer Folge Herrn römisch 40 als zusätzlichen Sachverständigen vorgeschlagen. Die Expertise der beiden Personen hinsichtlich eines sehr speziellen Marktes begründe sich eben gerade aus der Tatsache, dass sie Branchenkenntnisse aufgrund eigener beruflicher Erfahrung besitzen würden. Die beiden Subunternehmer der Antragstellerin bzw. der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien die wesentlichen Marktführer in Österreich hinsichtlich der ausschreibungsrelevanten Tätigkeiten. Bei der Suche nach Sachverständigen im einschlägigen Bereich der dualen Zustellung sei daher die Chance, auf eine Person zu stoßen, die bereits im geschäftlichen Kontakt, welcher Art auch immer, zu einer der beiden genannten Subunternehmer stand, hoch. Es gebe aus diesem Grund ein Non disclosure-Agreement mit beiden Sachverständigen, worin sie sich verpflichten würden, ihre Tätigkeit unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen unbeeinflusst auszuüben. Hinsichtlich der von der Antragstellerin behaupteten Amortisierung der Middleware sei auf die Widersprüche der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 25.11.2003 im Vergabekontrollverfahren N/0101/BVA/07/2013 zu verweisen.

Die Antragstellerin sei nicht in der Lage gewesen, darzulegen, zu welchem Zeitpunkt die Investitionskosten für die Middleware amortisiert seien, wobei der Antragstellervertreter in diesem Zusammenhang bereits zugab, dass die mit EUR 0,- ausgepreisten Vorgänge zumindest einen geringfügigen Anteil ausmachen würden. Die Antragstellerin führe selbst aus, dass die Middleware von der Raiffeisen-Informatik GmbH in deren Rechenzentrum gehostet und betrieben werde. Es sei davon auszugehen, dass dies nicht kostenfrei geschehen würde. Auch abgeschriebene Wirtschaftsgüter müssten durch Aktualisierungen auf dem Stand der Technik gehalten werden. Weiters sei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin in einem noch laufenden Auftragsverhältnis mit dem Bund für solche Positionen bis zu EUR 0,16 als Klick-Charge verrechne. Die Trennung der Kosten und deren Zuordnung sei auch der Antragstellerin möglich. Hinsichtlich der präsuntiven Bestbieterin sei festzuhalten, dass die Kosten jedenfalls nicht unter dem Einstandspreis liegen würden. Hinsichtlich Ausmaß und Tiefe der Prüfung seien sämtliche Positionen einer umfassenden Betrachtung unterzogen worden.

In Ergänzung des bisherigen Vorbringens führt die Antragstellerin in der Stellungnahme vom 28.01.2014 im Wesentlichen aus, dass nach Ansicht der Antragstellerin die beauftragten Gutachter weder geeignet seien, das Angebot der Antragstellerin zu beurteilen, noch von der vergebenden Stelle als Grundlage für eine vertiefte Angebotsprüfung verwendet zu werden. Seitens des Gutachters werde ausgeführt, dass es marktüblich sei, zu knapp kalkulierten Preisen ohne Gewinnaufschlag oder sogar unter den Kosten zu kalkulieren. Die Aufträge der öffentlichen Hand seien jedoch zu angemessenen Preisen zu vergeben. Es sei daher anzunehmen, dass die Preise der präsuntiven Bestbieterin zumindest teilweise spekulativ seien und daher auszuschneiden gewesen wären. Eine betriebswirtschaftliche Begründung könne nicht darin bestehen, dass angeführt werde, dass die Preise in bekannten Spannbreiten der Preisgestaltung für Großaufträge liegen würden. Insbesondere seien hier wiederum keine Quellen angeführt worden. Die Angebote der Bieter müssten anhand der von der vergebenden Stelle vorgegebenen Mengen plausibilisiert werden. Die präsuntive Bestbieterin gäbe in ihrem Schreiben ausdrücklich an, dass sie in einzelnen Positionen unter den Gestehungskosten angeboten habe. Das Anbieten unter den Gestehungskosten erfolge genau in jenen Positionen, die entsprechend dem Bewertungsschema der vergebenden Stelle die größten Auswirkungen hätten. Die Kalkulation der präsuntiven Bestbieterin sei daher im höchsten Maße spekulativ.

In Ergänzung des bisherigen Vorbringens führt die präsuntive Bestbieterin in der Stellungnahme vom 31.01.2014 im Wesentlichen aus, dass es sich bei den von der vergebenden Stelle eingeholten Stellungnahmen im Zuge der vertieften Angebotsprüfung nicht um Gutachten im Sinne eines Sachverständigenbeweises gemäß §§ 351ff ZPO handle. Selbst wenn die vergebende Stelle die erforderliche Sachkunde zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht selbst aufweisen würde, sei sie nicht verpflichtet Gutachten einzuholen. Die vertiefte Angebotsprüfung sei deutlich über die gesetzlichen Vorgaben hinausgegangen. Hinsichtlich der Druckpreise der präsuntiven Bestbieterin sei darauf zu verweisen, dass es sich im Wesentlichen auch um Leistungen handle, die vom Subunternehmer der präsuntiven Bestbieterin erbracht würden. Es sei betriebswirtschaftlich nachvollziehbar, dass ein Bieter in seiner Kalkulation hinsichtlich Subunternehmerleistungen die ihm vom Subunternehmer angebotenen Preise heranziehen würde. Die präsuntive Bestbieterin habe in ihrer Kalkulation die Preise gemäß Subangebot als Fremdkosten berücksichtigt und einen Betrag aufgeschlagen, der sämtliche Eigenleistungen insbesondere auch die Kosten der Zustellkopfabfrage bzw. Weiterleitung decken würden. Von der präsuntiven Bestbieterin seien sämtliche Positionen kostendeckend und unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns kalkuliert worden. Hinsichtlich der Antragslegitimation der Antragstellerin werde darauf hingewiesen, dass massive Preisunterschiede zwischen Erst- und Letztangebot, die durch allfällige Leistungsänderungen nicht erklärbar seien, bereits eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. eine spekulative Preisgestaltung indizieren würden. In Ergänzung des bisherigen Vorbringens führt die präsuntive Bestbieterin in der Stellungnahme vom 31.01.2014 im Wesentlichen aus, dass es sich bei den von der vergebenden Stelle eingeholten Stellungnahmen im Zuge der vertieften Angebotsprüfung nicht um Gutachten im Sinne eines Sachverständigenbeweises gemäß Paragraphen 351 f, f, ZPO handle. Selbst wenn die vergebende Stelle die erforderliche Sachkunde zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht selbst aufweisen würde, sei sie nicht verpflichtet Gutachten einzuholen. Die vertiefte Angebotsprüfung sei deutlich über die gesetzlichen Vorgaben hinausgegangen. Hinsichtlich der Druckpreise der präsuntiven Bestbieterin sei darauf zu verweisen, dass es sich im Wesentlichen auch um Leistungen handle, die vom Subunternehmer der präsuntiven Bestbieterin erbracht würden. Es sei betriebswirtschaftlich nachvollziehbar, dass ein Bieter in seiner Kalkulation hinsichtlich Subunternehmerleistungen die ihm vom Subunternehmer angebotenen Preise heranziehen würde. Die präsuntive Bestbieterin habe in ihrer Kalkulation die Preise gemäß Subangebot als Fremdkosten berücksichtigt und einen Betrag

aufgeschlagen, der sämtliche Eigenleistungen insbesondere auch die Kosten der Zustellkopfabfrage bzw. Weiterleitung decken würden. Von der präsumtiven Bestbieterin seien sämtliche Positionen kostendeckend und unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns kalkuliert worden. Hinsichtlich der Antragslegitimation der Antragstellerin werde darauf hingewiesen, dass massive Preisunterschiede zwischen Erst- und Letztangebot, die durch allfällige Leistungsänderungen nicht erklärbar seien, bereits eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. eine spekulative Preisgestaltung indizieren würden.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 19.02.2014 führten die Parteien aus:" Der Antragssteller weist darauf hin, dass er über einen eigenen Zustellkanal verfügt für welchen über die Middleware hinaus separate Software erfordert.

Auf Hinweis der Präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei diese Software jedoch nicht ausschreibungsgegenständlich.

Die Auftraggeberin verweist darauf, dass der eigene Zustellkanal ausschreibungsgegenständlich war und für diesen Zweck notwendiger Weise eine Software erforderlich ist.

Übereinstimmend halten die Parteien fest, dass die behördlichen Zustelldienste und andere Zustellkanäle und die dazugehörige Software waren nicht Teil der Ausschreibung, sondern ausschließlich die Weiterleitung an diese Dienste. Der Antragsteller weist darauf hin, dass im Zuge der vertieften Angebotsprüfung von der Auspreisung der eigenen Software ausgegangen worden ist und nicht primär von der Middleware.

Der Antragssteller weist darauf hin, dass er bei Legung des Erstangebotes davon ausgegangen ist, dass lediglich die Zustellungen im eigenen Zustellkanal anzubieten waren. Genau diese Thematik wurde im Zuge der Verhandlungsrunden angesprochen und aus diesem Grunde das Leistungsverzeichnis/Preisblatt im Letztangebote adaptiert.

Auf die Frage des Vorsitzenden wie die Positionen des Leistungsverzeichnisses zu befüllen waren gibt der Auftraggeber an, dass nach den Bedingungen der Ausschreibung sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnisses zu befüllen waren. Hinsichtlich der Anteile der Stadt Wien an der gegenständlichen Ausschreibung hat sich zum Vorverfahren nichts geändert.

Auf die Frage des Vorsitzenden wo die Middleware läuft, teilt der Antragssteller mit, dass diese auf Servern des Antragsstellers läuft, welche bei der Raiffeiseninformatik GmbH physisch stehen.

Auf die Frage des Vorsitzenden welche Kosten dieses Housing verursacht wird von der Antragstellerin mitgeteilt, dass dies im Zuge der vertieften Angebotsprüfung offen gelegt worden wäre. Die Kosten betragen € 59.980,00. Eine Aufteilung auf die Software welche auf den Servern läuft ist nach Angabe nicht möglich. Eine Quantifizierung des Anteils der Middleware sei nach Angabe der Antragstellerin nicht möglich. Der Anteil der Middleware ist minimal und nach Angabe des Antragsstellers nicht quantifizierbar.

Der Auftraggeber bringt vor, dass der Betrag für die Middleware im Vorverfahren quantifizierbar war.

Dies wird vom Antragssteller bestritten.

Der Auftraggeber bringt vor, dass sobald auf einem Server mehrere Programme laufen bzw. installiert sind, die entsprechenden Wartungs- und Erhaltungskosten unteilbar auf alle darauf laufenden Programme aufzuteilen sind und ein Herauspicken einzelner Programme als Wartungs- und somit kostenfrei schlichtweg unmöglich ist.

Auf Vorhalt OZ18, Seite 5 führt der Antragssteller wiederum an, dass der Betrag nicht quantifizierbar ist.

Der Antragssteller gibt an, dass die Software aus Freewarekomponenten besteht und lediglich einmal verknüpft werden musste, wobei die Kosten bereits abgeschrieben sind.

Auf die Frage des Auftraggebers teilt die Antragstellerin mit, dass bei Aktualisierungen der Software diese vom Antragssteller aktiv, mittels eines Release- Zyklusses eingespielt werden muss. Eine Testung wird vom Antragssteller nicht vorgenommen. Die Einspielung wird von dem Kooperationspartner XXXX vorgenommen. Dies ebenso kostenfrei. Es gibt zwar Kooperationsverträge, aber für den Bereich der Middleware wurden keine Kostentragungen vereinbart. Auf die Frage des Auftraggebers teilt die Antragstellerin mit, dass bei Aktualisierungen der Software diese vom Antragssteller aktiv, mittels eines Release- Zyklusses eingespielt werden muss. Eine Testung wird vom

Antragssteller nicht vorgenommen. Die Einspielung wird von dem Kooperationspartner römisch 40 vorgenommen. Dies ebenso kostenfrei. Es gibt zwar Kooperationsverträge, aber für den Bereich der Middleware wurden keine Kostentragungen vereinbart.

Präsumtive Zuschlagsempfängerin und Auftraggeber kommen überein, dass die Freeware des XXXX lediglich die behördliche Zustellung abwickeln könne. Für die Weiterleitung an die sonstigen Kanäle sei jedenfalls eine Schnittstelle zu programmieren. Präsumtive Zuschlagsempfängerin und Auftraggeber kommen überein, dass die Freeware des römisch 40 lediglich die behördliche Zustellung abwickeln könne. Für die Weiterleitung an die sonstigen Kanäle sei jedenfalls eine Schnittstelle zu programmieren.

Dies wird vom Antragssteller bestritten. Auch für diesen Fall sei keine Adaptierung der Freeware notwendig.

Der Präsumtive Bestbieter bringt vor, die Anlieferung erfolgt aus verschiedenen Behördensystemen, die beispielsweise beim XXXX und bei der XXXX auch verschiedene Softwarevarianten sind und daher auch eigene Schnittstellen erfordern. Es sind Schnittstellen erforderlich, auch diese werden kostenfrei zur Verfügung gestellt laut Angabe der Antragstellerin. Der Präsumtive Bestbieter bringt vor, die Anlieferung erfolgt aus verschiedenen Behördensystemen, die beispielsweise beim römisch 40 und bei der römisch 40 auch verschiedene Softwarevarianten sind und daher auch eigene Schnittstellen erfordern. Es sind Schnittstellen erforderlich, auch diese werden kostenfrei zur Verfügung gestellt laut Angabe der Antragstellerin.

Der Auftraggeber zeigt sich darüber verwundert, dass die Antragstellerin sämtliche Leistungen von dritter Seite kostenfrei zur Verfügung stellt.

Auf Frage ob die Middleware an neue externe und interne Zustellkanäle angepasst werden muss, teilt die Antragstellerin mit, dass sich diese Aufwände in Position 3 des Leistungsverzeichnisses widerspiegeln würden.

Auf die Frage der Auftraggeberin wie die Kosten der Variante 2 des Erstangebotes zustande gekommen wären teilt die Antragstellerin mit, dass dieser Preis für den Verkauf des "Marktes" ausgepriesen worden ist.

Auf die Frage des Vorsitzenden teilt der Antragssteller mit, dass in Variante 2 des Erstangebotes die an sich kostenfreie Middleware, die kostenfreie Freeware um einen erheblichen Betrag verkauft worden wäre. Die laufenden Kosten der Variante 2 würden jene Kosten darstellen, welche notwendig sind, um Gewinn aus dem laufenden Betrieb zu erzielen.

Der Auftraggeber gibt an, dass auch in diesem Falle einen Teil die Middleware darstellen würde, welcher nach Angaben der Antragstellerin jedoch nicht quantifizierbar ist.

Auf die Frage des Vorsitzenden an die Präsumtive Zuschlagsempfängerin wieso diese die Positionen 1b und 1d des Leistungsverzeichnisses kalkulieren konnte, wird darauf verwiesen, dass auch in diesem Falle die Freeware eingesetzt wird. Die XXXX hat 70% Marktanteil in diesem Bereich und wurde von diesem Subunternehmer ein Betrag angesetzt, welcher in die Kalkulation einfließt zuzüglich Einmalkosten als auch Wartung. Die im Letztangebot angeführten Positionspreise stellen ausschließlich die Kosten des eigenen Zustelldienstes dar, laut Angabe der Antragstellerin. Auf die Frage des Vorsitzenden an die Präsumtive Zuschlagsempfängerin wieso diese die Positionen 1b und 1d des Leistungsverzeichnisses kalkulieren konnte, wird darauf verwiesen, dass auch in diesem Falle die Freeware eingesetzt wird. Die römisch 40 hat 70% Marktanteil in diesem Bereich und wurde von diesem Subunternehmer ein Betrag angesetzt, welcher in die Kalkulation einfließt zuzüglich Einmalkosten als auch Wartung. Die im Letztangebot angeführten Positionspreise stellen ausschließlich die Kosten des eigenen Zustelldienstes dar, laut Angabe der Antragstellerin.

Auf die Frage des Vorsitzenden warum im gegenständlichen Fall keine Klickcharge verrechnet wird teilt die Antragstellerin mit, dass diese aus einem alten Vertrag stamme, welcher auf den Antragsteller übergegangen sei und man zwischenzeitig das Geschäftsmodell geändert hätte. Auf die Frage des Vorsitzenden ob technisch zwischen den Transaktionen im eigenen und fremden Zustelldienst unterschieden werden kann gibt die Antragstellerin an, dass dies hinsichtlich der Zustellungen möglich ist. Dies betrifft sämtliche Leistungen der Position 1 des Leistungsverzeichnisses.

Auf die Frage des Vorsitzenden ob technisch zwischen Aktivitäten und Prozessschritten ab der Übergabe der Sendung bis vor der Übergabe an den Zustelldienst und Aktivitäten bis nach der Übergabe der Sendung an den Zustelldienst unterschieden werden kann teilt die Antragstellerin mit, dass dies möglich ist. Der dafür notwendige Aufwand der jeweiligen Software kann jedoch nicht quantifiziert werden.

Auf die Frage des Vorsitzenden ob die Kosten in den Positionen 1b und 1d des Leistungsverzeichnisses kalkulierbar wären teilt die Antragstellerin mit, dass dies für sie nicht möglich ist, da es nicht quantifizierbar ist.

Auf die Frage des Vorsitzenden ob sich das Kalkulationsmodell vom Erstangebot zum Letztangebot in der Position 1 verändert hat teilt die Antragstellerin mit, dass das Kalkulationsmodell das gleiche geblieben ist, sich jedoch die Preise auf Grund der Verhandlungsrunde verändert haben. Ergänzend gibt die Antragstellerin an, dass sich dennoch der Aufschlag des Kalkulationsmodells vom Erstangebot bis zum Letztangebot geändert hat.

Auf Vorhalt des Auftraggebers ob die Summe von € ... (Anmerkung: In

Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) gleich geblieben seien, wird dies von der Antragstellerin vorerst bejaht und in weiterer Folge dahingehende korrigiert, dass der Gesamtaufwand gleich geblieben sei, sich jedoch der Aufschlag geändert hätte.

Auf den Vorhalt des Vorsitzenden wie hoch die Aufschlagsreduktion vom Erstangebot zum Letztangebot gewesen sei, bestätigt die

Antragstellerin, dass dies rund ... %(Anmerkung: In Folge von

Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) gewesen sind.

Der Auftraggeber weist darauf hin, dass die Antragstellerin im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 16.01.2014 von einer Preissenkung

zwischen Erst- und Letztangebot zwischen "...% und ... %(Anmerkung:

In Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) spricht. Berücksichtigt man nunmehr, dass die Fixkosten sowohl bei Erst- als auch beim Letztangebot zumindest €

... (Anmerkung: In Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) ausmachen so ergibt sich, dass der Gewinnaufschlag vom Erst- auf das Letztangebot ums ...ig fache (Anmerkung: In Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) reduziert wurde.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 19.02.2014 führte der XXXX aus:" Ich habe von der XXXX, die in meiner Stellungnahme erwähnten Unterlagen bekommen und habe auf Basis dieser meine Stellungnahme verfasst. Mir stand die Kalkulationsgrundlage laut Schreiben vom 04.12.2013 zur Verfügung wo Fixkosten mit einem Aufschlag durch die Sendungsmenge dividiert wurden. Dies müsste bei höheren Stückzahlen zu geringeren Einheitspreisen führen und bei geringeren Stückzahlen zu höheren Einheitspreisen. Im gegenständlichen Fall war es gerade umgekehrt. Von dem nunmehr erwähnten Aufschlag in Höhe von rund ... %(Anmerkung: In Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) hatte ich keine Kenntnis.Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 19.02.2014 führte der römisch 40 aus:" Ich habe von der römisch 40 , die in meiner Stellungnahme erwähnten Unterlagen bekommen und habe auf Basis dieser meine Stellungnahme verfasst. Mir stand die Kalkulationsgrundlage laut Schreiben vom 04.12.2013 zur Verfügung wo Fixkosten mit einem Aufschlag durch die Sendungsmenge dividiert wurden. Dies müsste bei höheren Stückzahlen zu geringeren Einheitspreisen führen und bei geringeren Stückzahlen zu höheren Einheitspreisen. Im gegenständlichen Fall war es gerade umgekehrt. Von dem nunmehr erwähnten Aufschlag in Höhe von rund ... %(Anmerkung: In Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) hatte ich keine Kenntnis.

Auf die Frage des Vorsitzenden ob eine Reduktion von ... %(Anmerkung: In Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) marktüblich ist teilt der Zeuge mit, dass dies jedenfalls ungewöhnlich ist. Der Zeuge teilt hinsichtlich der Frage warum er von einer Kalkulierbarkeit der Positionen 1b und 1d des Leistungsverzeichnisses ausgeht mit, dass technisch klar zwischen Zustellungen im eigenen Kanal und fremden Kanälen geteilt werden kann. Wenn man nun annehme, dass 50 % dem eigenen Kanal und 50 % dem fremden Kanal zufallen würden, so würde dies bedeuten, dass 50 % der Kosten dem eigenen und 50 % dem fremden Kanal zufallen würden (dies als Rechenbeispiel).

Es mag durchaus sein, dass die Kosten der Antragstellerin in den Positionen 1b und 1d relativ gering sein mögen, aber es ist mir neu, dass solche nicht kalkulierbar wären. Wenn man etwas nicht genau errechnen kann, so wird üblicherweise geschätzt und ein Modell entwickelt, um die jeweiligen Kosten kalkulieren zu können. Dazu gibt es eigene Kalkulationsmodelle. Auch wenn wie im gegenständlichen Fall Sendungsmengen nicht feststehen, müssen diese

auch geschätzt werden und auf Basis dieser Schätzung kalkuliert werden. Nach dem die Antragstellerin im Letztangebot von Fixkosten zuzüglich eines Aufschlages ausgegangen ist kann sich auch bei Aufteilung auf Position 1b und 1d an der angebotenen Summe nichts ändern. Lediglich die Einheitspreise würden auf sämtliche Positionen anders aufgeteilt werden.

Der Auftraggeber bringt vor, dass wenn ich mehrere Positionen habe, von denen ich überwiegend nur die Position des eigenen Kanales auspreise, aber nicht die Position des fremden Kanales wie von der Auftraggeberin in der Ausschreibung gewünscht. So bedeutet dies, dass im Auftragsfalle der eigene Kanal höhere Margen lukrieren könnte, welche Möglichkeit einem Bieter der sämtliche Ausschreibungsgegenständlich geforderten Positionen ausgepreist hat, nicht zur Verfügung steht.

Der Auftraggeber bringt vor, dass die Antragstellerin ausschreibungswidrig sämtliche Kosten in die Position 1c verlagert hätte und die Kosten der Middleware gar nicht ausgepreist hätte. Dies wird von der Antragstellerin bestritten.

Der Zeuge führt aus, dass die Gesamtkosten der Höhe nach plausibel sind, aber es möglich gewesen wäre sämtliche geforderte Positionen des Leistungsverzeichnisses auszufüllen."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1) Feststellungen (Sachverhalt:)

Die Auftraggeberin führte unter der Bezeichnung "Duale Zustellung" ein Verhandlungsverfahren mit vorangehender Bekanntmachung im Oberschwellenbereich mit dem Ziel der Beschaffung prioritärer Dienstleistungen nach dem Bestbieterprinzip durch.

Auftraggeber sind die XXXX sowie andere Bundesbehörden. Wie aus den Vergabeakten ersichtlich, haben neben Bundesministerien, dem XXXX und dem XXXX, die alle dem Vollziehungsbereich des Bundes unterliegen, nur die Stadt Wien derzeit einen Bedarf an der gegenständlichen Leistung gemeldet. Den Ausschreibungsunterlagen lässt sich des Weiteren entnehmen, dass beim konkreten Vergabevorgang teilweise die XXXX als Auftraggeber auftritt. Auftraggeber sind die römisch 40 sowie andere Bundesbehörden. Wie aus den Vergabeakten ersichtlich, haben neben Bundesministerien, dem römisch 40 und dem römisch 40, die alle dem Vollziehungsbereich des Bundes unterliegen, nur die Stadt Wien derzeit einen Bedarf an der gegenständlichen Leistung gemeldet. Den Ausschreibungsunterlagen lässt sich des Weiteren entnehmen, dass beim konkreten Vergabevorgang teilweise die römisch 40 als Auftraggeber auftritt.

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens zu GZ N/0101-BVA/07/2013-39 wurde dem Bundesvergabeamt mit E-Mail vom 24.10.2013 bekannt gegeben, dass der Anteil der Stadt Wien am geschätzten Auftragswert lediglich 9,91% beträgt. Dieser Umstand wurde von der Auftraggeberin in der Verhandlung am 19.02.2014 bestätigt.

Der von der Auftraggeberin geschätzte Nettoangebotspreis beträgt nach eigenen Angaben ca. EUR 6,985 Millionen exklusive Umsatzsteuer (für 5 Jahre; = EUR 1,397 Millionen exklusive Umsatzsteuer für ein Jahr). Das Datum der Versendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im Amtsblatt der EU war der 21.01.2013, die Bekanntmachung in Österreich erfolgte durch Veröffentlichung am 22.01.2013 (online) im Amtsblatt der Wiener Zeitung (Lieferanzeiger). Die Öffnung der Teilnahmeanträge erfolgte am 21.02.2013. Bis zum Ende der Teilnahmefrist, Donnerstag, 21.02.2013, 9.00 Uhr langten drei Teilnahmeanträge fristgerecht ein.

Am 03.05.2013 wurden alle drei Bieter zur Angebotslegung eingeladen. Am 22.07.2013 wurden den Bietern die Ausschreibungsunterlagen zum gegenständlichen Verhandlungsverfahren übermittelt und darauf hingewiesen, dass die Angebote bis spätestens 19.08.2013 um 09.00 Uhr rechtsgültig gefertigt einzulangen haben. Unter Punkt 6.4 Angebotspreise der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen wurde festgelegt, dass der Bieter im Leistungsverzeichnis/Preisblatt die Einheitspreise jeweils als Nettopreis in Euro ohne Umsatzsteuer inkl. aller Abgaben und Gebühren anzugeben hat. Die auszufüllenden Felder sind im Leistungsverzeichnis/Preisblatt entsprechend gekennzeichnet. Am 19. August 2013 wurden die Angebote geöffnet. Bis zum Ende der Angebotsfrist 19.08.2013, 09.00 Uhr langten drei Angebote fristgerecht ein. Am 06.09.2013 wurden adaptierte Ausschreibungsunterlagen zur Legung eines Letztangebotes an die drei Bieter übermittelt. Die in den ursprünglichen Ausschreibungsbedingungen vom 22.07.2013 unter Punkt 6.4 angeführte Variante 2 wurde gestrichen.

In Punkt 6.2 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (last and final offer) wurde festgelegt, dass der Bieter ein Letztangebot (last and final offer) als Hauptangebot nach den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen

abzugeben hat. Ein Hauptangebot ist gem. Punkt 6.2 ein Angebot, das alle Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfüllt. Punkt 6.4 regelt, dass der Bieter im Leistungsverzeichnis/Preisblatt die Einheitspreise jeweils als Nettopreis in Euro ohne Umsatzsteuer inklusive aller Abgaben und Gebühren anzugeben hat. Dies gilt insbesondere für die Positionen 1a bis 1e des Leistungsverzeichnisses/Preisblatt. Punkt 6.4, RZ 62 legt fest, dass die auszufüllenden Felder im Leistungsverzeichnis/Preisblatt entsprechend gekennzeichnet sind. Punkt 6.8, RZ 83 bestimmt, dass das Angebot insbesondere aus dem vollständig ausgefüllten Leistungsverzeichnis/Preisblatt inklusive Offenlegung der Kalkulation, auch hinsichtlich anfallender Fremdkosten zu bestehen hat.

Fest steht, dass gemäß den bestandfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen von allen Bietern sämtliche Felder des Leistungsverzeichnisses/Preisblatt insbesondere die Positionen 1b und 1d zu bepreisen waren.

Am 08.10.2013 wurde den Bietern die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung übermittelt. Daraus ergibt sich, dass die Antragstellerin an dritter Stelle gereiht wurde und bereits zum damaligen Zeitpunkt die präsumtive Bestbieterin an erster Stelle gereiht wurde. Gegen die Entscheidung eine Rahmenvereinbarung mit der präsumtiven Bestbieterin abzuschließen, wurde von der Antragstellerin ein Antrag auf Nichtigerklärung eingebracht, welchem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes GZ: N0101-BVA/07/2013/39 stattgegeben wurde. Infolge dieser Entscheidung wurden die Antragstellerin und die präsumtive Bestbieterin mit Schreiben der Auftraggeberin vom 02.12.2013 um Offenlegung der Kalkulation und Aufklärung einiger Positionen des Angebotes ersucht, wobei die schriftlichen Aufklärungen spätestens am Freitag, den 06.12.2013, 10.00 Uhr über das Kommunikationsmodul von auftrag.at einzulangen hatten.

Sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Bestbieterin kamen diesem Ersuchen fristgerecht nach. Die im Zuge der vertieften Angebotsprüfung von der Antragstellerin und der präsumtiven Bestbieterin erteilten Informationen wurden von der Auftraggeberin externen Sachverständigen zur Prüfung übermittelt. Herr XXXX als Sachverständiger für Transaktionsdruck wurde damit beauftragt, eine schriftliche Stellungnahme zu den Positionen 2a bis 2c laut Preisblatt-Letzangebot (physischer Druck) zu verfassen und zu analysieren. Sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Bestbieterin kamen diesem Ersuchen fristgerecht nach. Die im Zuge der vertieften Angebotsprüfung von der Antragstellerin und der präsumtiven Bestbieterin erteilten Informationen wurden von der Auftraggeberin externen Sachverständigen zur Prüfung übermittelt. Herr römisch 40 als Sachverständiger für Transaktionsdruck wurde damit beauftragt, eine schriftliche Stellungnahme zu den Positionen 2a bis 2c laut Preisblatt-Letzangebot (physischer Druck) zu verfassen und zu analysieren.

ob die Druckpreise (Position 2a bis 2c) der präsumtiven Bestbieterin und der Antragstellerin bzw. deren Subdienstleister marktüblich und plausibel sind,

ob die Preisdifferenz nachvollziehbar und kaufmännisch plausibel ist und

ob die Unternehmen imstande sind zu den angebotenen Preisen die ausgeschriebene Leistung nachhaltig zu erbringen.

Die Auftraggeberin hat den externen Sachverständigen XXXX insbesondere beauftragt. Die Auftraggeberin hat den externen Sachverständigen römisch 40 insbesondere beauftragt,

die von der Antragstellerin in den Positionen 1b sowie 1d Preisblatt-Letzangebot angebotenen Preise zu evaluieren, einer vertieften Prüfung zu unterziehen und darzustellen, inwieweit diese Preiskalkulation marktüblich, plausibel und nachvollziehbar ist.

Hinsichtlich der Antragstellerin kommt der Sachverständige im Wesentlichen zu dem Schluss, dass die Bündelung sämtlicher Kosten, die in allen Zustellkanälen anfallen, in Punkt 1c des Preisblattes des Letztangebotes nicht marktüblich und plausibel ist, zumal keine Aufteilung auf die verschiedenen Positionen der Position 1 des Preisblattes durchgeführt wurde (Seite 21 Stellungnahme XXXX). Hinsichtlich der Antragstellerin kommt der Sachverständige im Wesentlichen zu dem Schluss, dass die Bündelung sämtlicher Kosten, die in allen Zustellkanälen anfallen, in Punkt 1c des Preisblattes des Letztangebotes nicht marktüblich und plausibel ist, zumal keine Aufteilung auf die verschiedenen Positionen der Position 1 des Preisblattes durchgeführt wurde (Seite 21 Stellungnahme römisch 40).

Am 20.12.2013 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass als Ergebnis der Bestbieterermittlung die Rahmenvereinbarung mit der präsumtiven Bestbieterin abzuschließen ist. Dagegen richtete sich der fristgerechte Nachprüfungsantrag, sowie der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Fest steht, dass die Antragstellerin im Leistungsverzeichnis/Preisblatt des Letztangebotes die Einheitspreise in den Positionen 1b und 1d jeweils mit 0 angegeben hat, sodass in diesen Positionen auch die jeweiligen Positionspreise 0 sind. (Vergabeakt).

Im Protokoll der zweiten Vergabekommission vom 19.12.2013 ist zum Angebot der Antragstellerin Folgendes festgehalten: "Im Rahmen der Aufklärung gem. § 125 Abs. 3 BVergG konnten nicht alle Unklarheiten behoben werden. Das Angebot wäre daher gem. § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG zwingend auszuschneiden, weil das Angebot eine - durch die vertiefte Angebotsprüfung aktenkundig festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises in den Positionen 1b und 1d gemäß Preisblatt aufweist. Dies deshalb, da die Auspreisung der Preispositionen 1b und 1d mit Euro Null auch im Rahmen der Aufklärung nicht nachvollziehbar und schlüssig dargelegt werden konnte. Auch vollständig abgeschriebene Software verursacht Kosten. Der einzig denkbare Fall, dass Software keine Kosten verursacht, ist, wenn diese vollständig abgeschrieben ist und diese außerdem nicht genutzt oder eingesetzt wird. Laut eigenen Angaben des Bieters fallen jedenfalls jährlich Kosten von Euro ...,--(Anmerkung: In Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) für den eigenen Zustelldienst an. Dieser soll - dem Umsetzungskonzept der ÖPAG zufolge auch sämtliche Transaktionen der Positionen 1a bis 1d abwickeln. Diese Kosten könnten - technisch und kalkulatorisch - auf die Prozessschritte gemäß Ausschreibung und damit zwischen Eigenzustellung und dem Rest aufgeteilt werden und dann in weiterer Folge auf die ermittelten Mengen aufgeteilt werden. Eine solche Vorgangsweise wäre marktüblich und plausibel". Im Protokoll der zweiten Vergabekommission vom 19.12.2013 ist zum Angebot der Antragstellerin Folgendes festgehalten: "Im Rahmen der Aufklärung gem. Paragraph 125, Absatz 3, BVergG konnten nicht alle Unklarheiten behoben werden. Das Angebot wäre daher gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG zwingend auszuschneiden, weil das Angebot eine - durch die vertiefte Angebotsprüfung aktenkundig festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises in den Positionen 1b und 1d gemäß Preisblatt aufweist. Dies deshalb, da die Auspreisung der Preispositionen 1b und 1d mit Euro Null auch im Rahmen der Aufklärung nicht nachvollziehbar und schlüssig dargelegt werden konnte. Auch vollständig abgeschriebene Software verursacht Kosten. Der einzig denkbare Fall, dass Software keine Kosten verursacht, ist, wenn diese vollständig abgeschrieben ist und diese außerdem nicht genutzt oder eingesetzt wird. Laut eigenen Angaben des Bieters fallen jedenfalls jährlich Kosten von Euro ...,--(Anmerkung: In Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) für den eigenen Zustelldienst an. Dieser soll - dem Umsetzungskonzept der ÖPAG zufolge auch sämtliche Transaktionen der Positionen 1a bis 1d abwickeln. Diese Kosten könnten - technisch und kalkulatorisch - auf die Prozessschritte gemäß Ausschreibung und damit zwischen Eigenzustellung und dem Rest aufgeteilt werden und dann in weiterer Folge auf die ermittelten Mengen aufgeteilt werden. Eine solche Vorgangsweise wäre marktüblich und plausibel".

In der mündlichen Verhandlung am 25.11.2013 GZ: N/0101-BVA/07/2013-35 führte der Antragstellervertreter auf Seite 6 aus: "(...) dass es sich um einen Gesamtvorgang handelt, worin dieser Vorgang der Weitergabe einen so geringfügigen Anteil ausmacht, dass er aus dem Gesamtprozess heraus nicht berechenbar ist. Der interne Rechnungsaufwand im Unternehmen wäre für derart geringfügige Rechnungsbeträge unverhältnismäßig höher als der zu berechnende Betrag an Drittdienstleister."

Im Schriftsatz der Antragstellerin vom 16.01.2014 (OZ18) wird auf Seite 5 ausgeführt: "Die Weiterleitung an einen Zustellkanal über die Middleware ist in diesem Zusammenhang nur ein sehr geringer Teil des Gesamtprozesses der Zustellung, der darüber hinaus noch automatisch erfolgt, so dass es auch betriebswirtschaftlich gerechtfertigt ist, diesen mit € 0,- auszupreisen(...)."

Im Schriftsatz der Antragstellerin vom 23.01.2014 (OZ 24) wird auf Seite 6 ausgeführt: "Der Anteil der Middleware an den auf den Servern installierten Softwarekomponenten ist somit minimal. Die Nutzung liegt somit nahezu ausschließlich beim Zustelldienst und den Zusatzfunktionen(...)."

Mit Schreiben des BVwG vom 16.01.2014 wurde der Auftraggeberin das allfällige Vorliegen von Ausscheidungsgründen vorgehalten und um Stellungnahme ersucht.

Fest steht, dass es der Antragstellerin jedenfalls möglich gewesen wäre, die in den Positionen 1b und 1d des Leistungsverzeichnis/Preisblatt des Letztangebotes anfallenden Kosten zu kalkulieren und entsprechend den Vorgaben Ausschreibungsbedingungen anzugeben.

Die Antragstellerin gesteht selbst zu, dass technisch zwischen Aktivitäten und Prozessschritten ab der Übergabe der

Sendung bis vor der Übergabe an den Zustelldienst und Aktivitäten bis nach der Übergabe der Sendung an den Zustelldienst unterschieden werden kann. Überdies kann technisch zwischen den Transaktionen im eigenen und fremden Zustellkanal unterschieden werden. Es steht daher fest, dass die Antragstellerin die Kosten zwischen den Zustellungen im eigenen Zustellkanal und im fremden Zustellkanal aufteilen konnte. Warum dies entgegen den zwingenden Vorgaben der Ausschreibung nicht erfolgt ist, konnte die Antragstellerin nicht nachvollziehbar darlegen (Verhandlungsschrift vom 19.02.2014).

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

Die Antragstellerin konnte im Zuge der mündlichen Verhandlung nicht nachvollziehbar darlegen, dass die von der Antragstellerin verwendete Middleware angeblich keine kalkulierbaren Kosten verursachen würde. Es ist nicht schlüssig, wenn die Antragstellerin aussagt, dass die Middleware zwar auf bei der Raiffeisen Informatik GmbH gehosteten Servern laufe, aber eine prozentuelle Aufteilung der Kosten auf die jeweilige Software nicht möglich sei. Für das Hosting wird der Antragstellerin ein 5 stelliger EURO-Betrag jährlich in Rechnung gestellt. Die Antragstellerin konnte nicht schlüssig darlegen, warum eine Kalkulation der Kosten für die Middleware nicht möglich sei. Die Antragstellerin gesteht selbst zu, dass die aus Freeware-Komponenten bestehende Middleware kostenverursachend verknüpft werden musste und dass bei Aktualisierung der Middleware diese von der Antragstellerin aktiv mittels eines Release-Zyklus eingespielt werden muss. In weiterer Folge führt die Antragstellerin widersprüchlich aus, dass doch nicht sie selbst die Einspielung vornehme, sondern ein Kooperationspartner, welcher für seine Leistungen ebenso nichts verlange (Verhandlungsschrift Seite 4). Der Hinweis der Antragstellerin, dass es zwar einen Kooperationsvertrag gäbe, aber für die Middleware, ob in diesem Vertrag oder in sonstiger Weise keine Kostentragung vereinbart wurde, ist nicht glaubwürdig.

Im Gegenzug sind die Aussagen der präsumtiven Bestbieterin und der Auftraggeberin glaubhaft und nachvollziehbar, dass die Freeware des BKA, welche Basis der Middleware sei, lediglich die behördliche Zustellung abwickeln könne und für die Weiterleitung an sonstige Kanäle eigene Schnittstellen zu programmieren seien. Nicht nachvollziehbar ist der Hinweis der Antragstellerin, dass auch die tatsächlich erforderlichen verschiedenen Schnittstellen kostenfrei zur Verfügung gestellt würden, zumal im Vorhinein gar nicht absehbar ist welche Softwarevarianten zum Einsatz kommen (Verhandlungsschrift Seite 5).

Die Glaubwürdigkeit der Aussagen der Antragstellerin in Bezug auf die anfallenden Kosten der Middleware wird auch dadurch erschüttert, dass die Antragstellerin auf die Frage, ob sich die Kalkulationsgrundlagen bezüglich der Position 1 des Leistungsverzeichnisses vom Erst- zum Letztangebot verändert haben, vorerst angibt, dass die Kalkulationsgrundlagen gleich geblieben sind, um nachfolgend diese Aussage gleich wieder zu revidieren. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass die Reduktion des Aufschlages auf die Fixkosten vom Erst- zum Letztangebot ...% (Anmerkung: In Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) beträgt, welcher Umstand von der Antragstellerin ausdrücklich zugestanden wurde (Verhandlungsschrift Seite 6).

Demgegenüber konnte der sachverständige Zeuge XXXX schlüssig darlegen, dass es eigene Kalkulationsmodelle gäbe, wenn nicht genau errechenbare Kosten geschätzt werden müssten und hiernach kalkuliert würden. Eine solche Kalkulation von auch geringen Beträgen, wäre der Antragstellerin möglich gewesen. Der Zeuge legt nachvollziehbar hinsichtlich der Frage, warum er von einer Kalkulierbarkeit der Positionen 1b und 1d des Leistungsverzeichnisses ausgeht, dar, dass nach den eigenen Angaben der Antragstellerin (Verhandlungsschrift Seite 6) technisch klar zwischen Zustellungen im eigenen Kanal und fremden Kanälen unterschieden werden kann. Der Zeuge führt schlüssig aus, wenn man annehmen würde, dass 50% der Zustellungen dem eigenen Kanal und 50% dem fremden Kanal zufallen würden, dies bedeuten würde, dass 50% der anfallenden Kosten dem eigenen und 50 % dem fremden Kanal zufallen würden (dies als Rechenbeispiel). Auch sagt der Zeuge nachvollziehbar aus, dass zwar die Gesamtkosten plausibel seien, aber es auch für die Antragstellerin möglich gewesen wäre, sämtliche von der Auftraggeberin geforderten Positionen des Leistungsverzeichnisses zu befüllen (Verhandlungsschrift Seiten 7 und 8). Demgegenüber konnte der sachverständige Zeuge römisch 40 schlüssig darlegen, dass es eigene Kalkulationsmodelle gäbe, wenn nicht genau errechenbare Kosten geschätzt werden müssten und hiernach kalkuliert würden. Eine solche Kalkulation von auch geringen

Beträgen, wäre der Antragstellerin möglich gewesen. Der Zeuge legt nachvollziehbar hinsichtlich der Frage, warum er von einer Kalkulierbarkeit der Positionen 1b und 1d des Leistungsverzeichnisses ausgeht, dar, dass nach den eigenen Angaben der Antragstellerin (Verhandlungsschrift Seite 6) technisch klar zwischen Zustellungen im eigenen Kanal und fremden Kanälen unterschieden werden kann. Der Zeuge führt schlüssig aus, wenn man annehmen würde, dass 50% der Zustellungen dem eigenen Kanal und 50% dem fremden Kanal zufallen würden, dies bedeuten würde, dass 50% der anfallenden Kosten dem eigenen und 50 % dem fremden Kanal zufallen würden (dies als Rechenbeispiel). Auch sagt der Zeuge nachvollziehbar aus, dass zwar die Gesamtkosten plausibel seien, aber es auch für die Antragstellerin möglich gewesen wäre, sämtliche von der Auftraggeberin geforderten Positionen des Leistungsverzeichnisses zu befüllen (Verhandlungsschrift Seiten 7 und 8).

Die wiederholte, von der Antragstellerin in keiner Weise belegte Aussage, dass die Middleware bis auf die geringen, angeblich nicht kalkulierbaren Kosten des Housings keine Kosten verursachen würde, da alle Leistungen in Bezug auf die Middleware von Dritten kostenfrei erbracht würden, ist in keiner Weise nachvollziehbar und widerspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Wirtschaftstreibende einen Gewinn erzielen wollen und ihre Leistungen nicht kostenfrei anbieten. Überdies ist das auch nicht widerspruchsfrei, zumal auch die Antragstellerin wiederholt zugesteht, dass zumindest geringe Kosten anfallen würden. Im Erstangebot wird in der Variante 2 von der Antragstellerin für den laufenden Betrieb der Middleware ein Betrag von ... EURO (Anmerkung:

In Folge von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Senat unkenntlich gemacht) veranschlagt, dies steht jedoch im Widerspruch dazu, dass die Middleware keine Kosten verursachen würde.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich, wie im gegenständlichen Fall, die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich, wie im gegenständlichen Fall, die Entscheidung durch Senate vorgesehen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gem. Art. 130 Abs 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950 und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984 und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gem. Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtsache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtsache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG tritt unter anderem der 4. Teil samt Überschrift am 01. Jänner 2014 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG tritt unter anderem der 4. Teil samt Überschrift am 01. Jänner 2014 in Kraft.

Gemäß § 345 Abs. 17 Z 4 BVergG beginnen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG laufenden Entscheidungsfristen nach dem vierten Teil des BVergG im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, dessen Zuständigkeit zur Weiterführung gem. Art. 151 Abs. 51 Z 8 BVG mit Ablauf des 31. Dezember 2013 auf das Bundesverwaltungsgericht übergeht, mit 01. Jänner 2014 neu zu laufen. Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 wurde mit BGBl. I Nr. 128/2013, kundgemacht, am 11.07.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im § 345 Abs. 17 Z 3 angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.07.2013 in Kraft getreten. Gem. § 345 Abs. 17 Z 2 BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 128/2013 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt, nunmehr das Bundesverwaltungsgericht, für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 12.07.2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG idF der Novelle BGBl. I Nr. 128/2013 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche am 02.12.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 12.07.2013 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG idF der Novelle BGBl. I Nr. 128/2013 maßgeblich. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 4, BVergG beginnen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG laufenden Entscheidungsfristen nach dem vierten Teil des BVergG im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, dessen Zuständigkeit zur Weiterführung gem. Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, BVG mit Ablauf des 31. Dezember 2013 auf das Bundesverwaltungsgericht übergeht, mit 01. Jänner 2014 neu zu laufen. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, kundgemacht, am 11.07.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.07.2013 in Kraft getreten. Gem. Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt, nunmehr das Bundesverwaltungsgericht, für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 12.07.2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche am 02.12.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 12.07.2013 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, maßgeblich.

Auftraggeber sind die Republik Österreich (Bund), die Stadt Wien sowie andere Bundesbehörden. Wie aus den Vergabeakten ersichtlich, haben neben Bundesministerien, dem BKA und dem VfGH, die alle dem Vollziehungsbereich des Bundes unterliegen, nur die Stadt Wien derzeit einen Bedarf an der gegenständlichen Leistung gemeldet. Den Ausschreibungsunterlagen lässt sich des Weiteren entnehmen, dass beim konkreten Vergabevorgang teilweise die Stadt Wien als Auftraggeber auftritt. Da diese in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens grundsätzlich nicht in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt, wäre das Bundesverwaltungsgericht insoweit somit grundsätzlich nicht zur Vergabekontrolle berufen.

Aus Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. f B-VG ergibt sich jedoch, dass im Fall der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder die Vollziehung dem Bund obliegt, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist, wie die Summe der Anteile der Länder. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens zu GZ N/0101-BVA/07/2013-39 wurde dem Bundesvergabeamt mit E-Mail vom 24.10.2013 bekannt gegeben, dass der Anteil der Stadt Wien am geschätzten Auftragswert lediglich 9,91% beträgt, dieser Umstand wurde von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 19.02.2014 nochmals bestätigt. Angesichts der beabsichtigten gemeinsamen Vergabe unterliegt somit entsprechend Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. f B-VG der gesamte Beschaffungsvorgang dem Vollziehungsbereich des Bundes. Dies bedingt wiederum, dass gemäß § 291 BVergG idF

(allein) das Bundesverwaltungsgericht für die Überprüfung des gesamten Vergabeverfahrens zuständig ist. Aus Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG ergibt sich jedoch, dass im Fall der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder die Vollziehung dem Bund obliegt, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist, wie die Summe der Anteile der Länder. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens zu GZ N/0101-BVA/07/2013-39 wurde dem Bundesvergabeamt mit E-Mail vom 24.10.2013 bekannt gegeben, dass der Anteil der Stadt Wien am geschätzten Auftragswert lediglich 9,91% beträgt, dieser Umstand wurde von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 19.02.2014 nochmals bestätigt. Angesichts der beabsichtigten gemeinsamen Vergabe unterliegt somit entsprechend Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG der gesamte Beschaffungsvorgang dem Vollziehungsbereich des Bundes. Dies bedingt wiederum, dass gemäß Paragraph 291, BVergG idgF (allein) das Bundesverwaltungsgericht für die Überprüfung des gesamten Vergabeverfahrens zuständig ist.

Da der öffentliche Auftraggeber eine Sektorentätigkeit gem. § 170 BVergG ausübt, ist er Sektorenauftraggeber iSd §§ 163 und 164 BVergG. Da der öffentliche Auftraggeber eine Sektorentätigkeit gem. Paragraph 170, BVergG ausübt, ist er Sektorenauftraggeber iSd Paragraphen 163 und 164 BVergG.

Die Prüfung der Angebote hat in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Entsprechend den allgemeinen Bestimmungen des § 187 iVm § 236 BVergG müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält. Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben. Die Prüfung der Angebote hat in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Entsprechend den allgemeinen Bestimmungen des Paragraph 187, in Verbindung mit Paragraph 236, BVergG müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält. Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben.

Die Antragstellerin hat die Ausschreibungsunterlagen nicht innerhalb der Frist des § 321 Abs. 4 BVergG angefochten. Sie sind daher bestandfest geworden (VwGH 26.11.2010, 2008/04/0027, 0036). Alle Einwendungen gegen die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere auch gegen die Festlegung der einzelnen Leistungspositionen oder unnötig erscheinender Leistungsdetailierungen und dem zwingenden Erfordernis der damit verbundenen Auspreisung bzw. damit verbundener allfälliger Widersprüche, sind daher präkludiert (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0007). Die Antragstellerin hat die Ausschreibungsunterlagen nicht innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG angefochten. Sie sind daher bestandfest geworden (VwGH 26.11.2010, 2008/04/0027, 0036). Alle Einwendungen gegen die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere auch gegen die Festlegung der einzelnen Leistungspositionen oder unnötig erscheinender Leistungsdetailierungen und dem zwingenden Erfordernis der damit verbundenen Auspreisung bzw. damit verbundener allfälliger Widersprüche, sind daher präkludiert (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0007).

Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind ebenso wie das Bundesvergabeamt (nunmehr Bundesverwaltungsgericht) an die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen gebunden (VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen, andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind die rechtsgeschäftlichen Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 3[2010] RZ 961). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven

Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind die rechtsgeschäftlichen Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vergleiche VwGH 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 3[2010] RZ 961).

In Punkt 6.2 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (last and final offer) wurde festgelegt, dass der Bieter ein Letztangebot (last and final offer) als Hauptangebot nach den Bestimmungen dieser Ausschreibungsunterlagen abzugeben hat. Ein Hauptangebot ist gem. Punkt 6.2 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen ein Angebot, das alle Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfüllt. Punkt 6.4 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen regelt, dass der Bieter im Leistungsverzeichnis/Preisblatt die Einheitspreise jeweils als Nettopreis in Euro ohne Umsatzsteuer inklusive aller Abgaben und Gebühren anzugeben hat. Dies gilt insbesondere für die Positionen 1a bis 1e des Leistungsverzeichnisses/Preisblatt. Punkt 6.4 RZ 62 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, legt fest, dass die auszufüllenden Felder im Leistungsverzeichnis/Preisblatt entsprechend gekennzeichnet sind. Punkt 6.8, RZ 83 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen bestimmt, dass das Angebot insbesondere aus dem vollständig ausgefüllten Leistungsverzeichnis/Preisblatt inklusive Offenlegung der Kalkulation, auch hinsichtlich anfallender Fremdkosten zu bestehen hat.

Aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters im Sinne des angeführten Interpretationsmaßstabes bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (EuGH 04.12.2003, RS C-448/01 (EVN-AG, Wien Strom GmbH); VwGH 19.11.2008, 2007/04/2018, 2007/04/0019 u.a.) und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen des BVergG sind die genannten Bestimmungen der Ausschreibung betreffend die konkreten Leistungspositionen jedenfalls im Sinne des § 257 Abs. 1 Z 3 BVergG dahingehend zu verstehen, dass jede Position entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung anzubieten, die Einheitspreise zu ermitteln und aufgegliedert einzusetzen waren. Aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters im Sinne des angeführten Interpretationsmaßstabes bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (EuGH 04.12.2003, RS C-448/01 (EVN-AG, Wien Strom GmbH); VwGH 19.11.2008, 2007/04/2018, 2007/04/0019 u.a.) und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen des BVergG sind die genannten Bestimmungen der Ausschreibung betreffend die konkreten Leistungspositionen jedenfalls im Sinne des Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG dahingehend zu verstehen, dass jede Position entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung anzubieten, die Einheitspreise zu ermitteln und aufgegliedert einzusetzen waren.

Die Antragstellerin hat unstrittig in Position 1 (Elektronische Zustellung/Übermittlung) von 16 Positionen des Leistungsverzeichnis/Preisblatt 11 Positionen zu einem Preis von Euro 0 angeboten.

Das Anbieten einer Reihe von Positionen des Leistungsverzeichnisses mit Euro 0 weist bereits für sich allein genommen in Richtung einer spekulativen Preisgestaltung, da die Antragstellerin dadurch zu erkennen gibt, dass sie dem Auftraggeber die Kosten für zahlreiche nach der Ausschreibung zu erbringenden Leistungen nicht in Rechnung stellen würde. Dies bedeutet aber, dass der Gesamtangebotspreis nicht nachvollziehbar erklärbar bzw. spekulativ ist.

Die Einrechnung der Preise einzelner Positionen in andere Positionen führt dazu, dass weder der eingerechnete Positionspreis, noch jener Positionspreis, in den die anderen Positionen eingerechnet wurden, ersichtlich und damit aus dem Angebot erschließbar sind. (vgl. BVA 21.04.2012, N/0020-BVA/09/2012-28). Eine solche "Umlagerung" führt zu einer Verschiebung in den Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine derartige Vorgangsweise erfüllt den Tatbestand einer spekulativen Angebotsstellung (BVA 20.06.2013, 17N-46/03/34; BVA 21.04.2012/N/0020-BVA/09/2012-28). Die Einrechnung der Preise einzelner Positionen in andere Positionen führt dazu, dass weder der eingerechnete Positionspreis, noch jener Positionspreis, in den die anderen Positionen eingerechnet wurden, ersichtlich und damit aus dem Angebot erschließbar sind. (vergleiche BVA 21.04.2012, N/0020-BVA/09/2012-28). Eine solche "Umlagerung" führt zu einer Verschiebung in den Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine derartige Vorgangsweise erfüllt den Tatbestand einer spekulativen Angebotsstellung (BVA 20.06.2013, 17N-46/03/34; BVA 21.04.2012/N/0020-BVA/09/2012-28).

Auch ist es gemäß VwGH (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232; 2007/04/0233 unter Verweis auf VwGH 26.04.2007,

2005/04/0189) und EuGH (EuGH 28.03.1995, 324/93, Evans Medical, RZ 42 unter Verweis auf EuGH 20.09.1988, 31/87; Beentjes) Sache des Auftraggebers die Anforderungen für die Leistungen, die er beschaffen will, festzulegen. Allfällige Einwände gegen unsachliche, nicht erfüllbare, unklare oder widersprüchliche Festlegungen gehen jedenfalls ins Leere, wenn sie nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist bekämpft werden, andernfalls diese gemäß ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden und der Höchstgerichte infolge Bestandsfestigkeit präkludiert sind. (VwGH 22.06.2011, 2011/04/007).

Darüber hinaus werden an fachkundige Bieter insofern strengere Anforderungen gestellt, als diesen ein fachlich vertretbares Verständnis der Ausschreibungsunterlagen zugemutet wird (EuGH 04.12.2003, C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH).

Nach den Feststellungen liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor, da nicht alle Positionen des Leistungsverzeichnis/Preisblatt (1b und 1d) trotz zwingender Vorgabe durch die Auftraggeberin ausgefüllt wurden, obwohl dies der Antragstellerin möglich gewesen wäre, da auch die Kosten der Positionen 1b und 1d kalkulierbar waren.

Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung konkreter Leistungspositionen, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist (Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG § 106 RZ 13, BVA 03.09.2004, 10N/57/04-34). Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung konkreter Leistungspositionen, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist (Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG Paragraph 106, RZ 13, BVA 03.09.2004, 10N/57/04-34).

Gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung Angebote unter anderem dann auszuschneiden, wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, fehlerhaft oder unvollständig sind, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbare sind. Im gegenständlichen Fall widerspricht das Angebot entsprechend den getroffenen Feststellungen den zwingenden Ausschreibungsvorgaben (0 Positionen bei 1b und 1d trotz Kalkulierbarkeit der Kosten). Eine solche Ausschreibungswidrigkeit stellt einen unbehebaren Angebotsmangel dar. Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung Angebote unter anderem dann auszuschneiden, wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, fehlerhaft oder unvollständig sind, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbare sind. Im gegenständlichen Fall widerspricht das Angebot entsprechend den getroffenen Feststellungen den zwingenden Ausschreibungsvorgaben (0 Positionen bei 1b und 1d trotz Kalkulierbarkeit der Kosten). Eine solche Ausschreibungswidrigkeit stellt einen unbehebaren Angebotsmangel dar.

Der Ausscheidenstatbestand des § 269 Abs. 1 Z 3 BVergG stellt einen Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung dar. Er ist somit immer dann erfüllt, wenn mit den Preisen nach den gesetzlichen Vorgaben und den Anforderungen in der Ausschreibung etwas nicht in Ordnung ist (vgl. Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 3[2010] RZ 1418; BVA 03.09.2004, 10N-57/04-34). Weisen daher Angebote eine nicht plausible Zusammensetzung der Gesamtpreise auf, sind diese gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuschneiden. Liegt - auch nur - ein Ausscheidensgrund vor, so ist der Auftraggeber zur Ausscheidung verpflichtet (vgl. BVA 21.01.2005, 17N-116/04-32). Der Auftraggeber hat diesbezüglich kein Ermessen (VwGH 18.05.2005, 2004/04/0040; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 129 RZ 10). Der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG stellt einen Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung dar. Er ist somit immer dann erfüllt, wenn mit den Preisen nach den gesetzlichen Vorgaben und den Anforderungen in der Ausschreibung etwas nicht in Ordnung ist vergleiche Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 3[2010] RZ 1418; BVA 03.09.2004, 10N-57/04-34). Weisen daher Angebote eine nicht plausible Zusammensetzung der Gesamtpreise auf, sind diese gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden. Liegt - auch nur - ein Ausscheidensgrund vor, so ist der Auftraggeber zur Ausscheidung verpflichtet vergleiche BVA 21.01.2005, 17N-116/04-32). Der Auftraggeber hat diesbezüglich kein Ermessen (VwGH 18.05.2005, 2004/04/0040; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 129, RZ 10).

Das Angebot der Antragstellerin weist eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf, da die

Auftraggeberin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung nachvollziehbar zum Ergebnis gekommen ist, dass die Auspreisung der Positionen 1b und 1d des Leistungsverzeichnis/Preisblatt mit 0 EURO durch die Antragstellerin nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist.

Eine Umlagerung von Kosten, hier von den Positionen 1b und 1d in die Position 1c des Leistungsverzeichnis/Preisblatt führt, auch wenn sich der Gesamtangebotspreis nicht ändert, zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit der geforderten Leistungen ist dem Auftraggeber dadurch nicht möglich.

Die weiteren Bieter haben den Vorgaben der Ausschreibung entsprochen und sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnis/Preisblatt 1b-1d mit Einheitspreisen ungleich 0 befüllt.

In der Position 1c liegt die Antragstellerin bei allen Einheitspreisen über jenen der anderen Bieter. Auf eine spekulative Preisgestaltung deutet bereits dieser Umstand hin, da bei einer erwarteten Erhöhung der Versandmengen im eigenen Zustellkanal höhere Umsätze erzielt werden können, zumal sämtliche Kosten der Position 1 des Leistungsverzeichnis/Preisblatt in die Position 1c einfließen. Diese Möglichkeit haben die beiden anderen Bieter nicht, die auch Einheitspreise für die Positionen 1b und 1d angeführt haben.

Diese Vorgangsweise erfüllt den Tatbestand einer spekulativen Angebotserstellung (BVA 20.06.2003, 17N-46/03-34), da die Antragstellerin die Positionspreise 1b und 1d mit 0 angeboten hat und zu kalkulierende und kalkulierbare Kosten, daher entgegen den Vorgaben der Ausschreibung nicht in den Positionen 1b und 1d angeführt hat. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher auch gem. § 269 Abs.1 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen. Diese Vorgangsweise erfüllt den Tatbestand einer spekulativen Angebotserstellung (BVA 20.06.2003, 17N-46/03-34), da die Antragstellerin die Positionspreise 1b und 1d mit 0 angeboten hat und zu kalkulierende und kalkulierbare Kosten, daher entgegen den Vorgaben der Ausschreibung nicht in den Positionen 1b und 1d angeführt hat. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher auch gem. Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden gewesen.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG kann jener Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann jener Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und dem folgend der Vergabekontrollbehörden kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, aber nicht ausgeschieden wurde, keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinne des § 320 Abs. 1 BVergG entstehen bzw. drohen kann. (VwGH 27. September 2002, 2000/04/0050; 23. Mai 2007, 2005/04/0103; 28. März 2007, 2005/04/0200). Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und dem folgend der Vergabekontrollbehörden kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, aber nicht ausgeschieden wurde, keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinne des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG entstehen bzw. drohen kann. (VwGH 27. September 2002, 2000/04/0050; 23. Mai 2007, 2005/04/0103; 28. März 2007, 2005/04/0200).

Da das Angebot der Antragstellerin gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 und 5 BVergG auszuschneiden gewesen wäre, kommt der Antragstellerin nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unter keinen Umständen die Antragslegitimation zu. Nach Ansicht des erkennenden Senates, kann auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-100/12 (Fast Web) vom 04. Juli 2013 im gegenständlichen Fall zu keinem anderen Ergebnis führen. Da das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3 und 5 BVergG auszuschneiden gewesen wäre, kommt der Antragstellerin nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unter keinen Umständen die Antragslegitimation zu. Nach Ansicht des erkennenden Senates, kann auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-100/12 (Fast Web) vom 04. Juli 2013 im gegenständlichen Fall zu keinem anderen Ergebnis führen.

Dem Verfahren vor dem Gerichtshof lag folgende besondere Konstellation zugrunde: An dem betreffenden Vergabeverfahren waren lediglich zwei Bieter, deren Angebote nach den Feststellungen des zuständigen Verwaltungsgerichtes der Region Piemont jeweils bestimmte technische Anforderungen der Ausschreibungen nicht erfüllten, beteiligt. Dies müsste nach Ansicht des anrufenden Gerichts mangels zuschlagsfähigem Angebot dazu führen, dass der Klage und Widerklage stattgegeben und das fragliche Vergabeverfahren für nichtig erklärt werde. Dagegen wäre aber nach der Judikaturlinie des Staatsrates die Widerklage vorrangig zu prüfen und wäre der Klage in der gegenständlichen Konstellation sohin kein Erfolg beschieden. Gegen diese Auffassung kamen dem Gericht Zweifel.

Der Urteilsbegründung des Europäischen Gerichtshofes ist unter Berufung auf sein Urteil in der Rechtssache C-249/01 (Hackermüller) vorerst zu entnehmen, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine Vergabekontrollbehörde zu dem Schluss gelangt, dass das Angebot des Antragstellers tatsächlich vorher auszuschneiden gewesen wäre und dass der Nachprüfungsantrag des Bieters sodann zurückzuweisen ist, da ihm aufgrund dieser Tatsache durch den von ihm behaupteten Rechtsverstoß kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht (Rn 28). Die Möglichkeit, die Antragslegitimation mangels Schadenseintritts bzw. drohenden Schadenseintritts abzusprechen, wird demnach nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Im Gegensatz zur Konstellation in der Rechtssache Hackermüller, wurde allerdings vom angerufenen Gericht im Anlassfall festgestellt, dass beide eingereichten Angebote und sohin auch das ausgewählte Angebot nicht den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen entsprachen.

Gegen die Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für das verfahrensgegenständliche Nachprüfungsverfahren spricht, dass nicht zwei Bieter beteiligt sind, welche beide auszuschneiden wären, sondern drei Bieter, wobei die Antragstellerin drittgerierte Bieterin ist. Ein Vorliegen zwingender Widerrufsgründe wurde von der Antragstellerin nicht einmal substantiiert behauptet.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist das Bundesvergabeamt, nunmehr Bundesverwaltungsgericht, nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG idGF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (VwGH 22. Juni 2011, 2011/04/0011; 12. Mai 2011, 2011/04/0034 u.v.a.). Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist das Bundesvergabeamt, nunmehr Bundesverwaltungsgericht, nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idGF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (VwGH 22. Juni 2011, 2011/04/0011; 12. Mai 2011, 2011/04/0034 u.v.a.).

Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidensgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesverwaltungsgericht keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesverwaltungsgericht die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat. Da das Angebot der Antragstellerin daher zwingend auszuschneiden gewesen wäre, dies aber auf Grund der Reihung an dritter und damit letzter Stelle vom Auftraggeber unterlassen wurde, war spruchgemäß zu erkennen.

Spruchpunkt A. II.: Spruchpunkt A. römisch zwei.:

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Da dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (VwGH 22. Juni 2011, 2011/04/0011; 12. Mai 2011, 2011/04/0034 u.v.a.; VwGH 18.05.2005, 2004/04/0040; VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232; 2007/04/0233 unter Verweis auf VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189; VwGH 26.11.2010, 2008/04/0027/0036; VwGH 19.11.2008, 2007/04/2018, 2007/04/0019;), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (VwGH 22. Juni 2011, 2011/04/0011; 12. Mai 2011, 2011/04/0034 u.v.a.; VwGH 18.05.2005, 2004/04/0040; VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232; 2007/04/0233 unter Verweis auf VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189; VwGH 26.11.2010, 2008/04/0027/0036; VwGH 19.11.2008, 2007/04/2018, 2007/04/0019;), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot von EUR-Null-Positionen, Antragslegimitation, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheidensgründe, bestandfeste Ausschreibung, Nichtigerklärung, Rahmenvereinbarung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W138.2000166.1.01

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2014

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at